Flávio Tartuce
Daniel Amorim Assumpção Neves

MANUAL DE DIREITO do CONSUMIDOR

DIREITO MATERIAL e PROCESSUAL

VOLUME ÚNICO

- Aplicação do CDC e diálogo das fontes
- Princípios fundamentais do CDC
- Elementos da relação jurídica de consumo
- Responsabilidade civil no CDC
- Proteção contratual do consumidor
- Oferta e publicidade
- Práticas abusivas
- Cadastro de consumidores
- Tutela individual do consumidor
- Tutela coletiva dos consumidores
- Aspectos práticos das ações judiciais

3.ª edição
revista, atualizada e ampliada

EDIÇÃO 2014

gen | EDITORA MÉTODO

MANUAL DE DIREITO do CONSUMIDOR

DIREITO MATERIAL e PROCESSUAL

VOLUME ÚNICO

abdr
Respeite o direito autoral

O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

Flávio Tartuce
Daniel Amorim Assumpção Neves

MANUAL DE DIREITO do CONSUMIDOR

DIREITO MATERIAL e PROCESSUAL

VOLUME ÚNICO

3.ª edição
revista, atualizada e ampliada

gen | EDITORA MÉTODO

SÃO PAULO

A EDITORA MÉTODO se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.
Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2014 *by*
EDITORA MÉTODO LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714
metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

Capa: Rafael Molotievschi
Produção Digital: Geethik

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

T198m

Tartuce, Flávio
Manual de direito do consumidor : direito material e processual / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves.– 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-309-5458-1

1. Brasil. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. 2. Defesa do consumidor - Brasil. I. Neves, Daniel Amorim Assumpção. II. Título.

11-6847. CDU: 34:366.1(81)

A Carlos Cesar Danese Silva, meu pai.

☼ 10.10.1946
†12.10.2011

Despedida

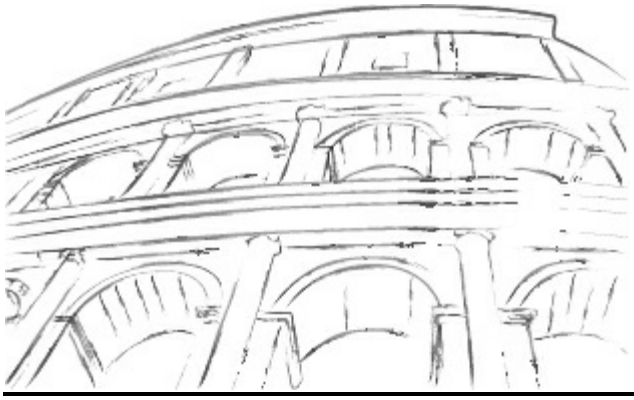
Na vida, há algumas poucas certezas e uma delas, sem dúvida, é o fato da despedida, em que ou simplesmente partiremos ou apenas nos despediremos... E o que dizer neste momento, em que toda palavra soa insuficiente, todo consolo é impotente e toda tentativa de discurso é menos importante que o conforto de um abraço?

Não há sensação melhor na hora da tristeza do que a segurança da amizade, o beijo de quem se ama e o carinho da solidariedade, pois quem parte não sente... ou sente menos do que quem fica... Dor mesmo só cicatriza com o bálsamo do tempo no correr da vida...
(Rodolfo Pamplona Filho)

Flávio Tartuce

Na vida você pode ter duas espécies de irmão: aquele dado por seus pais e aquele que você elege como tal e que te acolhe durante sua existência. Tenho sorte de ter um irmão de sangue e um irmão de vida. Cada qual com suas diferentes características, são pessoas fundamentais para mim, pelo que só tenho a agradecer. Este livro é em homenagem aos meus irmãos Carlinhos e Flávio Tartuce.

Daniel



NOTA DOS AUTORES À 3.ª EDIÇÃO

Este livro chega à sua terceira edição após mais um ano de conquistas editoriais.

Para esta edição, o texto foi revisado, ampliado e atualizado com as principais normas emergentes. Também constam os principais julgados proferidos no último ano sobre as matérias atinentes à obra, especialmente do Superior Tribunal de Justiça.

Na parte relativa ao Direito Material, foram incluídos mais comentários quanto aos projetos de Reforma do Código de Defesa do Consumidor, em especial quanto à contratação eletrônica, ao direito de arrependimento e ao superendividamento. Também foram incluídos alguns enunciados aprovados na *VI Jornada de Direito Civil*, evento do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizado em março de 2013.

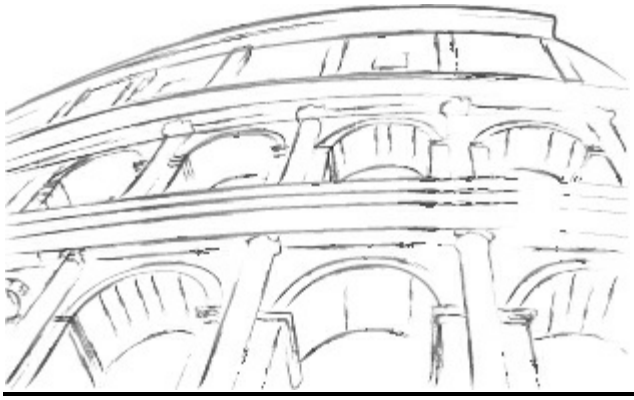
Na parte Processual constam mais comentários ao projeto de Novo Código de Processo Civil, prestes a ser votado na Câmara dos Deputados.

Vivemos um momento de grandes transformações sociais e legislativas em nosso País, o que atinge diretamente o objeto deste *Manual*. Estamos atentos a todas essas modificações, ano a ano, para informar devidamente o leitor.

Bons estudos! Boas reflexões!

São Paulo, dezembro de 2013

Os Autores



APRESENTAÇÃO

Quando os autores da presente obra se conheceram – nas Arcadas do Largo de São Francisco, nos idos de 1994 – não pensavam que iriam se tornar professores e autores de obras jurídicas. Por uma daquelas graciosas surpresas da vida, os caminhos de ambos se cruzaram e seguiram em paralelo, tanto no aspecto pessoal quanto no profissional. Mergulhados profundamente na vida acadêmica, cá estão eles, assinando, a quatro mãos, este livro sobre o impactante tema do Direito do Consumidor, em uma visão interdisciplinar (material e processual).

Nesses quase 20 anos de convivência, os autores estiveram juntos nos principais momentos de suas vidas profissionais, lecionando nos mesmos cursos preparatórios para as carreiras jurídicas, escolas de pós-graduação, entidades de classe, seminários e congressos jurídicos. Apesar de alguns desencontros, de diferentes caminhos trilhados, a vida sempre se encarregou de uni-los novamente. No aspecto pessoal, a fiel amizade perdura, desde os tempos à frente da Associação Atlética XI de Agosto.

Para comemorar todo esse tempo de rara amizade, nada melhor do que a construção de uma obra em conjunto, unindo a experiência de ambos na seara consumerista, um dos ramos jurídicos de maior incidência na contemporaneidade.

O presente livro procura analisar os principais conceitos e construções que fazem parte da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, nos aspectos materiais e processuais. A sua organização segue justamente a divisão metodológica constante naquela lei.

Desse modo, o Capítulo 1 procura situar o Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico nacional, a fim de delimitar a sua forma de incidência, com amparo especial na festejada tese do *diálogo das fontes*. Em continuidade, o Capítulo 2 do livro aborda os princípios estruturantes da matéria, retirados dos arts. 4º e 6º da Lei 8.078/1990, em uma visão teórica e prática. No Capítulo 3 são estudados os elementos da relação jurídica de consumo (elementos subjetivos e objetivos), tendo como parâmetros estruturais os arts. 2º e 3º do CDC, sem prejuízo de outros comandos, caso dos seus arts. 17 e 29, que tratam do conceito de consumidor por equiparação ou *bystander*. O Capítulo 4 traz como cerne de estudo a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, um dos temas mais importantes do Direito do Consumidor na atualidade, matéria tratada entre os arts. 8º a 27 do CDC. O Capítulo 5 tem por objeto a proteção contratual dos consumidores, constante dos arts. 46 ao 54, seção que traz as regras fundamentais para a realidade negocial contemporânea consumerista. Tendo por objeto também as práticas comerciais, assim como o tópico anterior, o Capítulo 6 aborda a proteção dos consumidores quanto à oferta e

publicidade (arts. 30 a 38). No Capítulo 7, igualmente com relação às práticas comerciais, verifica-se o estudo das práticas abusivas, tendo como parâmetro os arts. 30 a 42 da Lei Consumerista. O importante e atual tema dos cadastros de consumidores é a matéria do Capítulo 8, com análise da natureza dos cadastros positivos e negativos (arts. 43 e 44 do CDC), à luz da melhor doutrina e da atual jurisprudência nacional. O Capítulo 9 trata de aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica. Esses nove primeiros capítulos foram desenvolvidos pelo coautor Flávio Tartuce.

O Capítulo 10 analisa questões da defesa individual do consumidor em juízo, com abordagem bem próxima do dia a dia do profissional da área jurídica. O Capítulo 11 aborda a tutela coletiva do consumidor em juízo, de forma técnica e profunda. O Capítulo 12 trata da desconsideração da personalidade jurídica em aspectos processuais. No Capítulo 13, intitulado Ordem Pública e Tutela Processual do Consumidor, faz-se uma análise inédita a respeito da matéria, tão cara aos processualistas. Para finalizar, o Capítulo 14 apresenta considerações sobre o *habeas data*. Esses cinco últimos capítulos foram escritos pelo coautor Daniel Amorim Assumpção Neves.

Esclareça-se que a obra tem a identificação seccionada dos autores na parte superior das páginas, diante de alguns distanciamentos ideológicos dos escritores, como é comum entre os civilistas e processualistas quando da abordagem do Direito do Consumidor. Nessa alteridade, aliás, acreditam os autores, está presente a grande contribuição do livro para a ciência jurídica.

Todos os dispositivos do Código do Consumidor importantes à seara material e processual são devidamente comentados, acompanhados de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais recentes, bem como da análise de exemplos práticos, retirados das experiências dos autores, seja na advocacia, na atuação consultiva ou na docência.

O livro é direcionado a todo o público jurídico: magistrados, promotores de justiça, procuradores, advogados, estudantes de graduação e pósgraduação, e para aqueles que se preparam para os concursos públicos e provas das carreiras jurídicas. Diante da clareza de linguagem e da forma de exposição dos temas, este trabalho também é indicado para leigos, que têm interesse em conhecer o Direito do Consumidor nacional.

Para a prática, há interessantes digressões, inclusive com a análise de decisões dos Juizados Especiais Cíveis, em que muitos advogados iniciam suas carreiras – caso dos presentes autores –, especialmente lidando com a matéria deste livro.

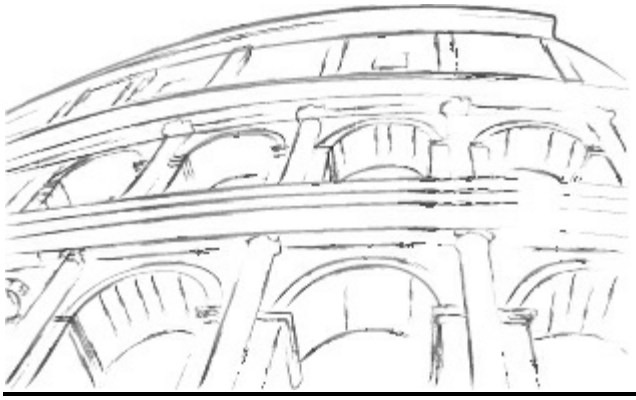
Espera-se que a presente obra seja bem recebida pelo público jurídico nacional, a exemplo de outras dos autores. Cumpre destacar que este livro tem um toque especial, pois foi construído sobre o alicerce da amizade e do companheirismo, nascidos na Gloriosa Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Saudações Acadêmicas!

São Paulo, outubro de 2011

Os Autores

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.



SUMÁRIO

1.ª Parte
DIREITO MATERIAL

Flávio Tartuce

1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUA POSIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. Primeiras palavras sobre o Código de Defesa do Consumidor. O CDC e a pós-modernidade jurídica

1.2. O Código de Defesa do Consumidor como norma principiológica. Sua posição hierárquica

1.3. O Código de Defesa do Consumidor e a teoria do diálogo das fontes

1.4. O conteúdo do Código de Defesa do Consumidor e a organização da presente obra

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1. Primeiras palavras sobre os princípios jurídicos

2.2. Princípio do protecionismo do consumidor (art. 1º da Lei 8.078/1990)

2.3. Princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, inc. I, da Lei 8.078/1990)

2.4. Princípio da hipossuficiência do consumidor (art. 6º, inc. VIII, da Lei 8.078/1990)

2.5. Princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, inc. III, da Lei 8.078/1990)

2.6. Princípio da transparência ou da confiança (arts. 4º, *caput*, e 6º, inc. III, da Lei 8.078/1990). A tutela da informação

2.7. Princípio da função social do contrato

2.8. Princípio da equivalência negocial (art. 6º, inc. II, da Lei 8.078/1990)

2.9. Princípio da reparação integral dos danos (art. 6º, inc. VI, da Lei 8.078/1990). Os danos reparáveis nas relações de consumo

3. ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

3.1. A estrutura da relação jurídica de consumo. Visão geral

3.2. Os elementos subjetivos da relação de consumo

3.2.1. O fornecedor de produtos e o prestador de serviços. O conceito de *fornecedor equiparado*

3.2.2. O Consumidor. Teorias existentes. O consumidor equiparado ou *bystander*

3.3. Elementos objetivos da relação de consumo

3.3.1. Produto

3.3.2. Serviço

3.4. Exemplos de outras relações jurídicas contemporâneas e o seu enquadramento como relações de consumo

3.4.1. O contrato de transporte e a incidência do Código do Consumidor

3.4.2. Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor

3.4.3. O condomínio edilício e o Código de Defesa do Consumidor

3.4.4. A incidência do Código do Consumidor para os contratos de locação urbana

3.4.5. A Lei 8.078/1990 e a Previdência Privada Complementar

3.4.6. Prestação de serviços educacionais como serviço de consumo

3.4.7. As atividades notariais e registrais e a Lei 8.078/1990

3.4.8. As relações entre advogados e clientes e o Código de Defesa do Consumidor

4. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

4.1. A unificação da responsabilidade civil pelo Código de Defesa do Consumidor. A responsabilidade civil objetiva e solidária como regra do Código do Consumidor (risco-proveito). A responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais como exceção

4.2. Análise dos casos específicos de responsabilidade civil pelo Código de Defesa do Consumidor

4.2.1. As quatro hipóteses tratadas pela Lei 8.078/1990 em relação ao produto e ao serviço. Vício *versus* fato (defeito). Panorama geral e a questão da solidariedade

4.2.2. Responsabilidade civil pelo vício do produto

4.2.3. Responsabilidade civil pelo fato do produto ou defeito

4.2.4. Responsabilidade civil pelo vício do serviço

4.2.5. Responsabilidade civil pelo fato do serviço ou defeito

4.3. O consumidor equiparado e a responsabilidade civil. Aprofundamentos quanto ao

tema e confrontações em relação ao art. 931 do Código Civil

4.4. Excludentes de responsabilidade civil pelo Código de Defesa do Consumidor

4.4.1. As excludentes da não colocação do produto no mercado e da ausência de defeito

4.4.2. A excludente da culpa ou fato exclusivo de terceiro

4.4.3. A excludente da culpa ou fato exclusivo do próprio consumidor

4.4.4. O enquadramento do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilidade civil consumerista

4.4.5. Os riscos do desenvolvimento como excludentes de responsabilidade pelo Código de Defesa do Consumidor

4.5. O fato concorrente do consumidor como atenuante da responsabilidade civil dos fornecedores e prestadores

4.6. A responsabilidade civil pelo cigarro e o Código de Defesa do Consumidor

4.7. A responsabilidade civil pelo Código de Defesa do Consumidor e o *recall*

5. A PROTEÇÃO CONTRATUAL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

5.1. O conceito contemporâneo ou pós-moderno de contrato e o direito do consumidor. Os contratos coligados e os contratos cativos de longa duração

5.2. A revisão contratual por fato superveniente no Código de Defesa do Consumidor

5.3. A função social do contrato e a não vinculação das cláusulas desconhecidas e incompreensíveis (art. 46 do CDC). A interpretação mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC)

5.4. A força vinculativa dos escritos e a boa-fé objetiva nos contratos de consumo (art. 48 da Lei 8.078/1990). A aplicação dos conceitos parcelares da boa-fé objetiva

5.4.1. *Supressio* e *surrectio*

5.4.2. *Tu quoque*

5.4.3. *Exceptio doli*

5.4.4. *Venire contra factum proprium*

5.4.5. *Duty to mitigate the loss*

5.5. O direito de arrependimento nos contratos de consumo (art. 49 da Lei 8.078/1990)

5.6. A garantia contratual do art. 50 da Lei 8.078/1990

5.7. As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. Análise do rol exemplificativo do art. 51 da Lei 8.078/1990 e suas decorrências

5.7.1. Cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (art. 51, inc. I, do CDC)

5.7.2. Cláusulas que subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga (art. 51, inc. II, do CDC)

5.7.3. Cláusulas que transfiram responsabilidades a terceiros (art. 51, inc. III, do CDC)

5.7.4. Cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, inc. IV, do CDC)

5.7.5. Cláusulas que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor (art. 51, inc. VI, do CDC)

5.7.6. Cláusulas que determinem a utilização compulsória de arbitragem (art. 51, inc. VII, do CDC)

5.7.7. Cláusulas que imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor (art. 51, inc. VIII, do CDC)

5.7.8. Cláusulas que deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor (art. 51, inc. IX, do CDC)

5.7.9. Cláusulas que permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral (art. 51, inc. X, do CDC)

5.7.10. Cláusulas que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor (art. 51, inc. XI, do CDC)

5.7.11. Cláusulas que obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor (art. 51, inc. XII, do CDC)

5.7.12. Cláusulas que autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração (art. 51, inc. XIII, do CDC)

5.7.13. Cláusulas que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais (art. 51, inc. XIV, do CDC)

5.7.14. Cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, inc. XV, do CDC)

5.7.15. Cláusulas que possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias (art. 51, inc. XVI, do CDC)

5.8. Os contratos de fornecimento de crédito na Lei 8.078/1990 (art. 52) e o problema do superendividamento do consumidor. A nulidade absoluta da cláusula de decaimento (art. 53)

5.9. O tratamento dos contratos de adesão pelo art. 54 do Código de Defesa do Consumidor

6. A PROTEÇÃO QUANTO À OFERTA E À PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA

DO CONSUMIDOR

6.1. Panorama geral sobre a tutela da informação e o Código de Defesa do Consumidor

6.2. A força vinculativa da oferta no art. 30 da Lei 8.078/1990

6.3. O conteúdo da oferta e a manutenção de sua integralidade

6.4. A responsabilidade civil objetiva e solidária decorrente da oferta

6.5. A publicidade no Código de Defesa do Consumidor. Princípios informadores. Publicidades vedadas ou ilícitas

6.5.1. A vedação da publicidade mascarada, clandestina, simulada ou dissimulada (art. 36 do CDC)

6.5.2. A vedação da publicidade enganosa (art. 37, § 1º, do CDC)

6.5.3. A vedação da publicidade abusiva (art. 37, § 2º, do CDC)

6.6. O ônus da prova da veracidade da informação publicitária

7. O ABUSO DE DIREITO CONSUMERISTA. AS PRÁTICAS ABUSIVAS VEDADAS PELA LEI 8.078/1990 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

7.1. Algumas palavras sobre o abuso de direito

7.2. Estudo das práticas abusivas enumeradas pelo art. 39 do CDC

7.2.1. Condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos (art. 39, inc. I, do CDC)

7.2.2. Recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes (art. 39, inc. II, do CDC)

7.2.3. Enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço (art. 39, inc. III, do CDC)

7.2.4. Prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde e condição social, para vender-lhe produto ou serviço (art. 39, inc. IV, do CDC)

7.2.5. Exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (art. 39, inc. V, do CDC)

7.2.6. Executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes (art. 39, inc. VI, do CDC)

7.2.7. Repassar informação depreciativa referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos (art. 39, inc. VII, do CDC)

7.2.8. Colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes

ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO (art. 39, inc. VIII, do CDC)

7.2.9. Recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais (art. 39, inc. IX, do CDC)

7.2.10. Elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços (art. 39, inc. X, do CDC)

7.2.11. Aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido (art. 39, inc. XIII, do CDC)

7.2.12. Deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério (art. 39, inc. XII, do CDC)

7.3. A necessidade de respeito ao tabelamento oficial, sob pena de caracterização do abuso de direito (art. 41 do CDC)

7.4. O abuso de direito na cobrança de dívidas (art. 42, *caput*, do CDC). O problema do corte de serviço essencial. A necessidade de prestação de informações na cobrança (art. 42-A do CDC)

7.5. A repetição de indébito no caso de cobrança abusiva (art. 42, parágrafo único, do CDC)

8. BANCO DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDORES

8.1. A natureza jurídica dos bancos de dados e cadastros e sua importante aplicabilidade social. Diferenças entre as categorias

8.2. O conteúdo dos arts. 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor e seus efeitos. A interpretação jurisprudencial

8.2.1. A inscrição ou registro do nome dos consumidores

8.2.2. A retificação ou correção dos dados

8.2.3. O cancelamento da inscrição

8.2.4. A reparação dos danos nos casos de inscrição indevida do nome do devedor. Crítica à Súmula 385 do STJ. Prazo para se pleitear a reparação

8.2.5. O cadastro de fornecedores e prestadores e o alcance do art. 44 da Lei 8.078/1990

8.3. O cadastro positivo. Breve análise da Lei 12.414, de 9 de junho de 2011

9. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 28 DA LEI 8.078/1990). ASPECTOS MATERIAIS

2.ª Parte
DIREITO PROCESSUAL

Daniel Amorim Assumpção Neves

10. TUTELA INDIVIDUAL DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

- 10.1. Introdução
- 10.2. Meios de solução dos conflitos
  - 10.2.1. Introdução
  - 10.2.2. Jurisdição
  - 10.2.3. Equivalentes jurisdicionais
    - 10.2.3.1. Autotutela
    - 10.2.3.2. Autocomposição
    - 10.2.3.3. Arbitragem
- 10.3. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer
  - 10.3.1. Introdução
  - 10.3.2. Tutela jurisdicional
    - 10.3.2.1. Tutela jurisdicional específica
    - 10.3.2.2. Tutela inibitória
  - 10.3.3. Procedimento previsto pelo art. 84 do CDC
    - 10.3.3.1. Introdução
    - 10.3.3.2. Obtenção de tutela específica ou determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento
    - 10.3.3.3. Conversão em perdas e danos
    - 10.3.3.4. Tutela de urgência
    - 10.3.3.5. Atipicidade dos meios executivos
    - 10.3.3.6. Multa
- 10.4. Competência
  - 10.4.1. Introdução
  - 10.4.2. Competência da Justiça
  - 10.4.3. Competência territorial
    - 10.4.3.1. Cláusula de eleição de foro em contrato de adesão
  - 10.4.4. Competência do juízo
- 10.5. Intervenções de terceiros
  - 10.5.1. Introdução

10.5.2. Denunciação da lide
10.5.2.1. Vedação legal
10.5.2.2. Fundamentos da vedação legal
10.5.3. Chamamento ao processo
10.5.3.1. Introdução
10.5.3.2. Espécie atípica de chamamento ao processo
10.5.3.3. Ação diretamente proposta contra a seguradora
10.5.3.4. Vedação de integração do Instituto de Resseguros do Brasil
10.6. Litisconsórcio alternativo e o Código de Defesa do Consumidor
10.7. Inversão do ônus da prova
10.7.1. Ônus da prova
10.7.2. Regras de distribuição do ônus da prova (art. 333 do CPC)
10.7.3. Inversão do ônus da prova
10.7.3.1. Inversão convencional
10.7.3.2. Inversão legal
10.7.3.3. Inversão judicial
10.7.4. Momento de inversão do ônus da prova
10.7.5. Inversão da prova e inversão do adiantamento de custas processuais

11. TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO
11.1. Introdução
11.1.1. Tutela jurisdicional coletiva
11.1.2. Origem da tutela jurisdicional coletiva
11.1.3. Microssistema coletivo
11.1.4. Marcos legislativos
11.2. Espécies de direitos protegidos pela tutela coletiva
11.2.1. Introdução
11.2.2. Direitos ou interesses?
11.2.3. Direito difuso
11.2.4. Direito coletivo
11.2.5. Direitos individuais homogêneos
11.2.6. Identidades e diferenças entre os direitos coletivos *lato sensu*
11.3. Competência na tutela coletiva
11.3.1. Competência absoluta: funcional ou territorial?
11.3.2. Competência absoluta do foro

11.3.3. Dano local, regional e nacional

11.4. Legitimidade

11.4.1. Espécies de legitimidade

11.4.2. Cidadão

11.4.3. Ministério Público

11.4.4. Pessoas jurídicas da administração pública

11.4.5. Associação

11.4.5.1. Introdução

11.4.5.2. Constituição há pelo menos um ano

11.4.5.3. Pertinência temática

11.4.5.4. Representação adequada (*adequacy of representantion*)

11.4.6. Defensoria Pública

11.5. Relação entre a ação coletiva e a individual

11.5.1. Introdução

11.5.2. Litispendência

11.5.3. Conexão e continência

11.5.3.1. Conceito

11.5.3.2. Identidade da causa de pedir ou pedido – integral ou parcial?

11.5.3.3. *Ratio* da conexão e a insuficiência do disposto no art. 103 do CPC

11.5.3.4. Obrigatoriedade ou facultatividade na reunião de processos em razão da conexão

11.5.3.5. Especificamente na relação entre ação coletiva e individual

11.5.4. Suspensão do processo individual

11.5.5. Extinção do mandado de segurança individual

11.6. Coisa julgada

11.6.1. Introdução

11.6.2. Coisa julgada *secundum eventum probationis*

11.6.3. Coisa julgada *secundum eventum litis*

11.6.4. Limitação territorial da coisa julgada

11.7. Gratuidade

11.7.1. Introdução

11.7.2. Isenção de adiantamento

11.7.3. Condenação em verbas de sucumbência

11.8. Liquidação de sentença

11.8.1. Conceito de liquidez e obrigações liquidáveis

11.8.2. Natureza jurídica da liquidação
11.8.3. Legitimidade ativa
11.8.4. Competência
11.8.5. Espécies de liquidação de sentença
11.8.6. Direito difuso e coletivo
11.8.7. Direito individual homogêneo
11.8.8. Liquidação individual das sentenças de direito difuso e coletivo

11.9. Execução
11.9.1. Introdução
11.9.1.1. Processo de execução e cumprimento de sentença
11.9.1.2. Execução por sub-rogação e indireta
11.9.1.3. Prescrição
11.9.2. Legitimidade ativa
11.9.3. Direitos difusos e coletivos
11.9.4. Direitos individuais homogêneos
11.9.4.1. Introdução
11.9.4.2. Execução por *fluid recovery*
11.9.4.3. Legitimidade
11.9.5. Regime jurídico das despesas e custas processuais

12. ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

12.1. Introdução
12.2. Responsabilidade patrimonial secundária
12.3. Forma procedimental da desconsideração da personalidade jurídica
12.4. A desconsideração da personalidade jurídica
12.5. Recorribilidade da decisão que desconsidera a personalidade jurídica
12.6. Qualidade processual do sócio – meio de defesa adequado
12.7. Desconsideração da personalidade jurídica de ofício

13. ORDEM PÚBLICA E TUTELA PROCESSUAL DO CONSUMIDOR

13.1. Matérias de defesa
13.2. Preclusão temporal
13.3. Preclusão consumativa
13.4. Objeções e natureza de ordem pública das normas consumeristas

14. *HABEAS DATA* E DIREITO DO CONSUMIDOR

14.1. Introdução

14.2. Direito à informação e *habeas data*

14.3. Hipóteses de cabimento

14.3.1. Introdução

14.3.2. Direito à informação

14.3.3. Direito à retificação de dados

14.3.4. Anotação sobre dado verdadeiro

14.4. Fase administrativa

14.4.1. Interesse de agir

14.4.2. Procedimento

14.4.2.1. Fase pré-processual

14.4.2.2. Fase processual

14.5. Liminar

14.6. Legitimidade

14.6.1. Legitimidade ativa

14.6.2. Legitimidade passiva

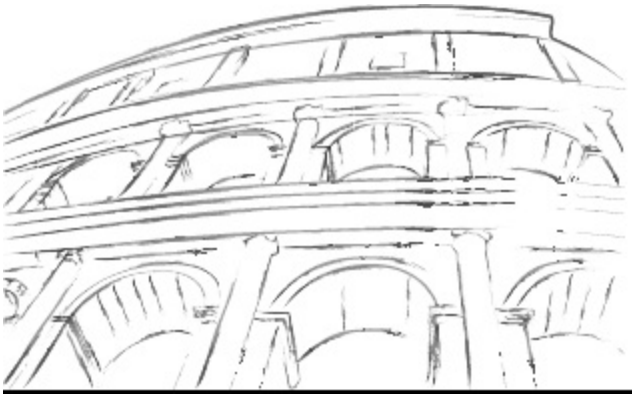
14.7. Competência

14.8. Recursos

BIBLIOGRAFIA

1.ª Parte
DIREITO MATERIAL

Flávio Tartuce



1

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUA POSIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sumário: 1.1. Primeiras palavras sobre o Código de Defesa do Consumidor. O CDC e a pós-modernidade jurídica – 1.2. O Código de Defesa do Consumidor como norma principiológica. Sua posição hierárquica – 1.3. O Código de Defesa do Consumidor e a teoria do diálogo das fontes – 1.4. O conteúdo do Código de Defesa do Consumidor e a organização da presente obra.

1.1. PRIMEIRAS PALAVRAS SOBRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O CDC E A PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, conhecido e denominado pelas iniciais CDC, foi instituído pela Lei 8.078/1990, constituindo uma típica norma de proteção de vulneráveis. Por determinação da ordem constante do art. 48 das Disposições Finais e Transitórias da Constituição Federal de 1988, de elaboração de um Código do Consumidor no prazo de cento e vinte dias, formou-se uma comissão para a elaboração de um anteprojeto de lei, composta por Ada Pellegrini Grinover (coordenadora), Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari. Também houve uma intensa colaboração de Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Eliana Cáceres, Marcelo Gomes Sodré, Mariângela Sarrubo, Nelson Nery Jr. e Régis Rodrigues Bonvicino.[1]

Como norma vigente, o nosso Código de Defesa do Consumidor situa-se na *especialidade*, segunda parte da isonomia constitucional, retirada do art. 5º, *caput*, da CF/1988. Ademais, o conteúdo do Código Consumerista demonstra tratar-se de uma norma adaptada à realidade contemporânea da *pós-modernidade jurídica*. A expressão *pós-modernidade* é utilizada para simbolizar o rompimento dos paradigmas construídos ao longo da modernidade, quebra ocorrida ao final do século XX. Mais precisamente, parece correto dizer que o ano de 1968 é um bom parâmetro para se apontar o início desse período, diante de protestos e movimentos em prol da liberdade e de outros valores sociais que eclodiram em todo o mundo.[2] Em tais reivindicações pode ser encontrada a origem de leis contemporâneas com preocupação social, caso do Código Brasileiro de Defesa do

Consumidor.

De acordo com os ensinamentos de Eduardo Bianca Bittar, a pós-modernidade significa "o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, inaugura sua mescla com os restos da modernidade".[3] Nota-se que a pós-modernidade representa uma superação parcial, e não total, da modernidade, até porque a palavra "moderno" faz parte da construção morfológica do termo. Em verdade, é preciso rever conceitos, e não romper com eles totalmente. As antigas categorias são remodeladas, refeitas, mantendo-se, muitas vezes, a sua base estrutural. Isso, sem dúvida, vem ocorrendo com o Direito, a partir de um novo dimensionamento de antigas construções. A pós-modernidade pode figurar como uma revisitação das premissas da razão pura, por meio da análise da realidade de conceitos que foram negados pela razão anterior, pela *modernidade quadrada*. Essa é a conclusão de Hilton Ferreira Japiassu, merecendo destaque os seus dizeres:

> "Diria que a chamada 'pós-modernidade' aparece como uma espécie de Renascimento dos ideais banidos e cassados por nossa modernidade racionalizadora. Esta modernidade teria terminado a partir do momento em que não podemos mais falar da história como algo de unitário e quando morre o mito do Progresso. É a emergência desses ideais que seria responsável por toda uma onda de comportamentos e de atitudes irracionais e desencantados em relação à política e pelo crescimento do ceticismo face aos valores fundamentais da modernidade. Estaríamos dando Adeus à modernidade, à Razão (Feyerabend)? Quem acredita ainda que 'todo real é racional e todo racional é real' (Hegel)? Que esperança podemos depositar no projeto da Razão emancipada, quando sabemos que orientou-se para a instrumentalidade e a simples produtividade? Que projeto de felicidade pessoal pode proporcionar-nos um mundo crescentemente racionalizado, calculador e burocratizado, que coloca no centro de tudo o econômico, entendido apenas como o financeiro submetido ao jogo cego do mercado? Como pode o homem ser feliz no interior da lógica do sistema, onde só tem valor o que funciona segundo previsões, onde seus desejos, suas paixões, necessidades e aspirações passam a ser racionalmente administrados e manipulados pela lógica da eficácia econômica que o reduz ao papel de simples consumidor?"[4]

No contexto da presente obra, nota-se que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor constitui uma típica *norma pós-moderna*, no sentido de rever conceitos antigos do Direito Privado, tais como o contrato, a responsabilidade civil e a prescrição.

O fenômeno pós-moderno, com enfoque jurídico, pode ser identificado por vários fatores. O primeiro a ser citado é a globalização, a ideia de *unidade mundial*, de um modelo geral para as ciências e para o comportamento das pessoas. Fala-se hoje em linguagem global, em economia globalizada, em *mercado uno*, em doenças e epidemias mundiais e até em um *Direito unificado*. Quanto ao modo de agir, o ocidente se aproxima do oriente, e vice-versa. A China consome o hambúrguer norte-americano, e os Estados Unidos consomem o macarrão chinês. Alguns se alimentam de macarrão com hambúrguer, fundindo o oriente ao ocidente, até de forma inconsciente, em especial nos países em desenvolvimento. No caso do CDC brasileiro, tal preocupação pode ser notada pela abertura constante do seu art. 7º, que admite a aplicação de fontes do Direito Comparado, caso dos tratados e convenções internacionais, *in verbis*: "Os direitos previstos neste

Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade".

A par dessa *unidade mundial*, como afirma Erik Jayme, os Estados não seriam mais os centros do poder e da proteção da pessoa humana, cedendo espaço, em larga margem, aos mercados. Nesse sentido, as regras de concorrência acabariam por determinar a vida e o comportamento dos seres humanos.[5] De toda sorte, como prega o próprio doutrinador em outro texto, ao discorrer sobre a realidade do Direito Internacional Privado, é preciso que os Estados busquem, em sua integração, para uma crescente unificação do Direito, a conservação da identidade cultural das pessoas, para proteger e garantir a sua personalidade individual.[6] Em suma, segundo Erik Jayme, o Direito Internacional Privado deve levar em consideração, baseado em critérios de proximidade, as diferenças culturais incorporadas aos respectivos ordenamentos jurídicos, prestando-se a se tornar também um direito fundamental ligado à personalidade dos cidadãos.[7] Nesse contexto, surge a proteção dos direitos dos consumidores, fazendo um *cabo de guerra* contra a excessiva proteção mercadológica.

Como outro ponto de reflexão a ser destacado a respeito da *pós-modernidade jurídica*, há a abundância dos gêneros e espécies: abundância de sujeitos e de direitos, excesso de fatores que influenciam as relações jurídicas e eclosão sucessiva de leis, entre outros. Relativamente às leis, a realidade é de um *Big Bang Legislativo*, na qual se verifica uma explosão de normas jurídicas, como afirma Ricardo Luis Lorenzetti.[8] No caso brasileiro, convive-se com mais de 40 mil leis, a deixar o aplicador do Direito desnorteado a respeito de sua incidência no *tipo (fattispecie)*. Mesmo em relação aos consumidores, em muitas situações, há uma situação de dúvida sobre qual norma jurídica deve incidir no caso concreto.

No que concerne aos sujeitos pós-modernos, reconhece-se um *pluralismo*, o que é intensificado pela valorização dos direitos humanos e das liberdades. Inúmeras são as preocupações legais em se tutelar os vulneráveis, a fim de se valorizar a pessoa humana, nos termos do que consta do art. 1º, III, d a Constituição Federal: consumidores, trabalhadores, mulheres sob violência, crianças e adolescentes, jovens, idosos, indígenas, deficientes físicos, negros. Além de proteger sujeitos, as normas tendem a tutelar valores que são colocados à disposição da pessoa para a sua sadia qualidade de vida, como é o caso do meio ambiente, do *Bem Ambiental*. A par dessa realidade, Claudia Lima Marques ensina:

> "Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina 'le retour des sentiments', sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos ('Zersplieterung'), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o 'double coding', e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos 'espaços de excelência'".[9]

Em certo sentido, como decorrência do pluralismo, há uma abundância de proteção legislativa na

pós-modernidade, a gerar situações de colisão entre esses direitos, conflitos estes que acabam por ser resolvidos a partir da interpretação da Norma Constitucional, repouso comum da principiologia dessa tutela fundamental. A demonstrar os efeitos práticos dessa preocupação de tutela, por exemplo, utilizando-se de um símbolo cotidiano, ao ir ao banco, é comum a percepção de que a única fila que *anda* é a daqueles que têm algum tipo de prioridade. Eis aqui outra amostragem do fenômeno pós-moderno, uma vez que a exceção se torna regra, e vice-versa. Como não poderia ser diferente, a questão da tutela de vulneráveis e de proteção de conceitos que lhe são parcelares repercute na análise do problema jurídico contemporâneo.

Na realidade pós-moderna há o *duplo sentido* das coisas (*double sense*). Nesse contexto, o certo pode ser o errado, e o errado pode ser o certo; o bem pode ser o mal, e o mal pode ser o bem; o alto pode ser baixo, e o baixo pode ser alto; o belo pode ser o feio, e o feio pode ser o belo; a verdade pode ser uma mentira, e a mentira pode ser uma verdade; o jurídico pode ser antijurídico, e o antijurídico pode ser o jurídico; a direita pode ser a esquerda, e o inverso pode ser igualmente válido. Essas variações chocam aquela visão maniqueísta que sempre imperou no Direito, particularmente a de que sempre haverá um vitorioso e um derrotado nas demandas judiciais. Na realidade, aquele que se julga o vitorioso pode ser o maior derrotado.

Algumas produções cinematográficas da atualidade servem para demonstrar essa configuração do *double sense*, como é o caso de *Guerra nas Estrelas* (*Star Wars*), talvez o maior fenômeno cinematográfico da pós-modernidade. Anote-se que tal paralelo foi traçado por Claudia Lima Marques, em aula ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Contratual da Escola Paulista de Direito, em São Paulo, no dia 12 de maio de 2008. O tema da aula foi *A teoria do diálogo das fontes e o Direito Contratual*. Naquela ocasião, a jurista relacionou a evolução do Direito à série *Guerra nas Estrelas* (*Star Wars*), escrita e dirigida por George Lucas em 1977. O primeiro episódio é denominado *A Ameaça Fantasma* (1999); o segundo, *O Ataque dos Clones* (2002); o terceiro, *A Vingança dos Sith* (2005); o quarto, *Uma Nova Esperança* (1977); o quinto, *O Império Contra-Ataca* (1980); e o sexto, o *Retorno de Jedi* (1983). O último episódio, em que um filho que representa o bem (Luke Skywalker) acaba por lutar contra o próprio pai, que representa o mal (Darth Vader, a versão maléfica de Anakin Skywalker), seria a culminância da pós-modernidade, representando o duplo sentido das coisas e a falta de definição de posições (bem *x* mal). Ao final, o próprio símbolo do mal (Darth Vader) é quem mata o Imperador, gerando a vitória definitiva do bem contra o mal.

Ato contínuo, a realidade pós-moderna é marcada pela *hipercomplexidade*. De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, o próprio *direito é um sistema complexo de segunda ordem*.[10] Na contemporaneidade, os prosaicos exemplos de negócios e atos jurídicos entre Tício, Caio e Mévio, comuns nas aulas de Direito Romano e de Direito Civil do passado (ou até do presente), não conseguem resolver os casos de maior complexidade, particularmente aqueles relativos a colisões entre direitos considerados *fundamentais*, próprios da pessoa humana. Ademais, muitas situações envolvendo os contratos de consumo superam aquela antiga visualização. A título de ilustração, imagine-se que um consumidor brasileiro compra um produto americano acessando seu computador no Brasil, estando o provedor da empresa vendedora localizado na Nova Zelândia. Pergunta-se: quais as leis aplicadas na espécie? Sem se pretender ingressar no mérito da questão, o exemplo demonstra quão complexas podem ser as simples relações de consumo.

Por fim, demonstrando o *caos contemporâneo*, Ricardo Luis Lorenzetti fala em *era da desordem*, que, em síntese, pode ser identificada pelos seguintes aspectos: *a)* enfraquecimento das fronteiras entre as esferas do público e do privado; *b)* pluralidade das fontes, seja no Direito Público ou no Direito Privado; *c)* proliferação de conceitos jurídicos indeterminados; *d)* existência de um sistema aberto, sendo possível uma extensa variação de julgamentos; *e)* grande abertura para o intérprete estabelecer e reconstruir a sua coerência; *f)* mudanças constantes de posições, inclusive legislativas; *g)* necessidade de adequação das fontes umas às outras; *h)* exigência de pautas mínimas de correção para a interpretação jurídica.[11] Como não poderia ser diferente, o Código de Defesa do Consumidor enquadra-se perfeitamente em tal realidade pós-moderna. Primeiro, por trazer como conteúdo questões de Direito Privado e de Direito Público. Segundo, por encerrar vários conceitos indeterminados, como o de boa-fé. Terceiro, por representar uma norma aberta, perfeitamente afeita a diálogos interdisciplinares, como se verá (*diálogo das fontes*). Quarto, por encerrar a *pauta mínima* de proteção dos consumidores.

1.2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO NORMA PRINCIPIOLÓGICA. SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA

O Código de Defesa do Consumidor é norma que tem relação direta com a terceira *geração*, *era* ou *dimensão* de direitos.[12] Nesse contexto, é comum relacionar as três primeiras gerações, eras ou dimensões com os princípios da Revolução Francesa. Pontue-se que a referida divisão das gerações de direitos foi idealizada pelo jurista tcheco Karel Vasak, em 1979, em exposição feita em aula inaugural no Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, França.

Os direitos de primeira geração ou dimensão são aqueles relacionados com o princípio da liberdade. Os de segunda geração ou dimensão, com o princípio da igualdade. Os direitos de terceira geração ou dimensão são relativos ao princípio da fraternidade. Na verdade, o Código de Defesa do Consumidor tem relação com todas as três dimensões. Todavia, é melhor enquadrá-lo na terceira dimensão, já que a Lei Consumerista visa à pacificação social, na tentativa de equilibrar a díspar relação existente entre fornecedores e prestadores.

Na atualidade, já se fala em outras duas outras gerações ou dimensões de direitos. A quarta dimensão estaria sincronizada com a proteção do patrimônio genético (DNA), com a intimidade biológica. Por fim, a quinta dimensão seria aquela relativa ao mundo digital ou cibernético, com o Direito Eletrônico ou Digital. Não se ignore que a relação de consumo também pode enquadrar as duas últimas dimensões. Vejamos, de forma detalhada:

1ª Geração: Princípio da Liberdade.

2ª Geração: Princípio da Igualdade.

3ª Geração: Princípio da Fraternidade (pacificação social). Aqui melhor se enquadraria o Código de Defesa do Consumidor.

4ª Geração: Proteção do patrimônio genético.

5ª Geração: Proteção de direitos no mundo digital.

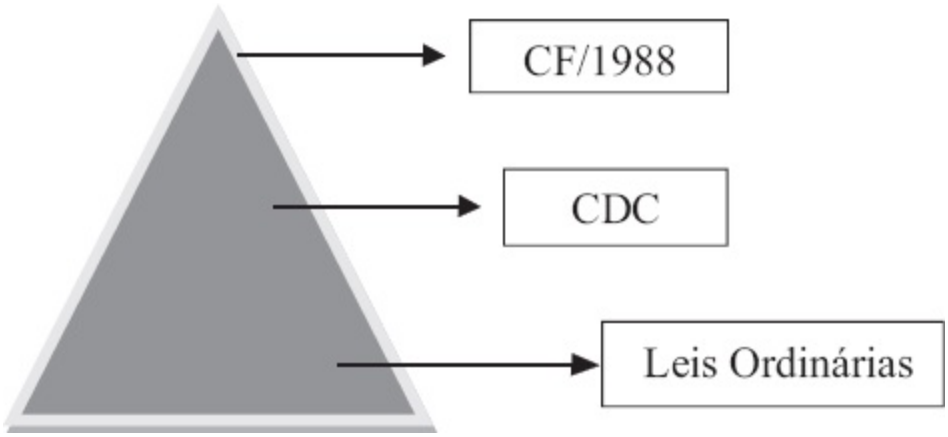
Pois bem, o Código de Defesa do Consumidor é tido pela doutrina como uma *norma principiológica*, diante da proteção constitucional dos consumidores, que consta, especialmente, do

art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, ao enunciar que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". A propósito dessa questão, precisas são as lições de Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

> "A Lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas, pelos motivos que apresentamos no início deste trabalho ao demonstrar o valor superior dos princípios, têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores".[13]

Destaque-se que, do mesmo modo, a respeito do caráter de *norma principiológica*, opinam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, expondo pela prevalência contínua do Código Consumerista sobre as demais normas, eis que "as leis especiais setorizadas (*v.g.*, seguros, bancos, calçados, transportes, serviços, automóveis, alimentos etc.) devem disciplinar suas respectivas matérias em consonância e em obediência aos princípios fundamentais do CDC".[14]

Diante de tais premissas, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor tem *eficácia supralegal*, ou seja, está em um ponto hierárquico intermediário entre a Constituição Federal de 1988 e as leis ordinárias. Para tal dedução jurídica, pode ser utilizada a simbologia do sistema piramidal, atribuída a Hans Kelsen.[15] Vejamos:



Como exemplo dessa conclusão, pode ser citado o problema relativo à Convenção de Varsóvia e à Convenção de Montreal, tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que preveem tarifação de indenização no transporte aéreo internacional, nos casos de cancelamento e atraso de voos, bem como de extravio de bagagem. Deve ficar claro que tais tratados internacionais não são convenções de direitos humanos, não tendo a força de emendas à Constituição, como consta do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004.

Ora, tais convenções internacionais colidem com o *princípio da reparação integral dos danos*, retirado do art. 6º, VI, da Lei 8.078/1990, que reconhece como direito básico do consumidor a efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, afastando qualquer possibilidade de tabelamento ou tarifação de indenização em desfavor dos consumidores. Diante da citada posição intermediária ou supralegal do Código de Defesa do Consumidor, a norma consumerista deve prevalecer sobre as citadas fontes internacionais.

Em complemento, para a efetiva incidência do CDC ao transporte aéreo, merece destaque a

argumentação desenvolvida por Marco Fábio Morsello, no sentido de que a norma consumerista sempre deve prevalecer, por seu caráter mais especial, tendo o que ele denomina como *segmentação horizontal*. De outra forma, sustenta que a matéria consumerista é agrupada pela função e não pelo objeto.[16]

Ademais, não se pode esquecer que as fontes do Direito Internacional Público, caso das citadas convenções, não podem entrar em conflito com as normas internas de ordem pública, como é o caso do Código Consumerista. Nessa linha, preceitua o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que "As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes".

A prevalência do Código de Defesa do Consumidor sobre a Convenção de Varsóvia vem sendo aplicada há tempos pelos Tribunais Superiores. De início, vejamos decisão do Supremo Tribunal Federal, de março de 2009:

> "Recurso extraordinário. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Matéria infraconstitucional. Não conhecimento. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição da República. 4. Recurso não conhecido" (STF – RE 351.750-3/RJ – Primeira Turma – Rel. Min. Carlos Britto – j. 17.03.2009 – *DJE* 25.09.2009, p. 69).

Não tem sido diferente a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados. Por todos, entre os mais recentes:

> "Processual civil. Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Seguro. Ação regressiva. Responsabilidade civil. Indenização. Cálculo. Convenção de Varsóvia. Inaplicabilidade. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Multa. Parágrafo único, art. 538 do CPC. Embargos rejeitados" (STJ – EDcl-AgRg-Ag 804.618/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior – j. 14.12.2010 – *DJE* 17.12.2010).

> "Agravo regimental no agravo de instrumento. Transporte aéreo internacional. Extravio de bagagem. Código de Defesa do Consumidor. Prevalência. Convenção de Varsóvia. *Quantum* indenizatório. Redução. Impossibilidade. Dissídio não configurado. 1. A jurisprudência dominante desta Corte Superior se orienta no sentido de prevalência das normas do CDC, em detrimento das normas insertas na Convenção de Varsóvia, aos casos de extravio de bagagem, em transporte aéreo internacional. 2. No que concerne à caracterização do dissenso pretoriano para redução do *quantum* indenizatório, impende ressaltar que as circunstâncias que levam o Tribunal de origem a fixar o valor da indenização por danos morais são de caráter personalíssimo e levam em conta questões subjetivas, o que dificulta ou mesmo impossibilita a comparação, de forma objetiva, para efeito de configuração da divergência, com outras decisões assemelhadas. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ – AgRg-Ag 1.278.321/SP – Terceira Turma – Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina – j. 18.11.2010 – *DJE* 25.11.2010).

> "Agravo regimental. Recurso especial. Extravio de bagagem. Indenização ampla. Código de Defesa do Consumidor. 1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, após a edição do Código de Defesa do Consumidor, não mais prevalece a tarifação prevista na Convenção de Varsóvia. Incidência do princípio da ampla reparação. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido" (STJ – AgRg-REsp 262.687/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 15.12.2009 – *DJE* 22.02.2010).

Por todos os argumentos expostos, a conclusão deve ser a mesma em casos envolvendo a mais recente Convenção de Montreal, que, do mesmo modo, limita a indenização no transporte aéreo

internacional, na linha da tese desenvolvida pelo magistrado e jurista Marco Fábio Morsello, outrora citada. Essa, aliás, já vem sendo a conclusão dos nossos Tribunais:

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Transporte aéreo internacional. Atraso de voo. Código de Defesa do Consumidor. Convenções internacionais. Responsabilidade objetiva. Riscos inerentes à atividade. Fundamento inatacado. Súmula 283 do STF. *Quantum* indenizatório. Redução. Impossibilidade. Dissídio não configurado. 1. A jurisprudência dominante desta Corte Superior se orienta no sentido de prevalência das normas do CDC, em detrimento das Convenções Internacionais, como a Convenção de Montreal, precedida pela Convenção de Varsóvia, aos casos de atraso de voo, em transporte aéreo internacional. 2. O Tribunal de origem fundamentou sua decisão na responsabilidade objetiva da empresa aérea, tendo em vista que os riscos são inerentes à própria atividade desenvolvida, não podendo ser reconhecido o caso fortuito como causa excludente da responsabilização. Tais argumentos, porém, não foram atacados pela agravante, o que atrai, por analogia, a incidência da Súmula 283 do STF. 3. No que concerne à caracterização do dissenso pretoriano para redução do *quantum* indenizatório, impende ressaltar que as circunstâncias que levam o Tribunal de origem a fixar o valor da indenização por danos morais são de caráter personalíssimo e levam em conta questões subjetivas, o que dificulta ou mesmo impossibilita a comparação, de forma objetiva, para efeito de configuração da divergência, com outras decisões assemelhadas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ – AgRg no Ag 1.343.941/RJ – Terceira Turma – Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina – j. 18.11.2010 – *DJe* 25.11.2010).

"Ação de indenização. Extravio de bagagem. Relação regida pelo CDC. Danos materiais e morais. Cabimento. *Quantum*. O extravio de bagagem enseja indenização por danos morais e pelo valor gasto na aquisição de roupas e objetos de uso pessoal. Deve a indenização por danos materiais em casos de extravio de bagagem, em viagens internacionais, equivaler a todo o prejuízo sofrido, devendo ser integral, ampla, não tarifada, não se aplicando o Pacto de Varsóvia, nem a Convenção de Montreal, mas o Código de Defesa do Consumidor. É evidente o dano moral do viajante que perde sua bagagem, sofrendo constrangimentos, angústias e aflições. O *quantum* da indenização por danos morais deve ser fixado com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório" (TJMG – Apelação cível 7886810-67.2007.8.13.0024, Belo Horizonte – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Pedro Bernardes – j. 25.01.2011 – *DJEMG* 07.02.2011).

"Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Transporte aéreo internacional. Pacote turístico referente a reservas de hotel e passagem aérea, saindo de São Paulo com destino a Miami, com conexão em Atlanta. Atraso e perda de voo de conexão por culpa da companhia aérea ré. O autor e sua família tiveram que dormir no aeroporto e voltar ao Brasil com recursos próprios. Ausência de amparo material. Aplicabilidade do CDC e não aplicabilidade da Convenção de Montreal. Presentes os pressupostos à indenização. Danos materiais comprovados. Danos morais corretamente fixados. Devido o *quantum* arbitrado. Adequação – Sentença de parcial procedência confirmada. Ratificação do julgado. Hipótese em que, estando a r. sentença suficientemente motivada, houve a análise correta dos fundamentos de fato e de direito apresentados pelas partes, dando-se à causa o deslinde justo e necessário – Aplicabilidade do art. 252, do RI do TJSP. Sentença mantida. Recurso não provido" (TJSP – Apelação cível 0281135-07.2010.8.26.0000 – Acórdão n. 4852799, São Paulo – Trigésima Oitava Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Spencer Almeida Ferreira – j. 24.11.2010 – *DJESP* 11.01.2011).

Visualizada a posição do CDC no ordenamento jurídico nacional, bem como as concreções práticas desse posicionamento, vejamos o estudo da aclamada teoria do diálogo das fontes.

1.3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

Tema fundamental para a compreensão do campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor refere-se à sua interação em relação às demais leis, notadamente em relação ao vigente Código Civil.

Como é notório, prevalecia, na vigência do Código Civil de 1916, a ideia de que o Código de Defesa do Consumidor constituiria um microssistema jurídico autoaplicável e autossuficiente,

totalmente isolado das demais normas.[17] Assim, naquela outrora vigente realidade, havendo uma relação de consumo, seria aplicado o Código de Defesa do Consumidor e não o Código Civil. Por outra via, presente uma relação civil, incidiria o Código Civil e não o CDC. Assim era ensinada a disciplina de Direito do Consumidor na década de noventa e na primeira década do século XXI.

Porém, essa concepção foi superada com o surgimento do Código Civil de 2002 e da *teoria do diálogo das fontes*. Tal tese foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil pela notável Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A essência da teoria é de que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. No Brasil, a principal incidência da teoria se dá justamente na interação entre o CDC e o CC/2002, em matérias como a responsabilidade civil e o Direito Contratual. Do ponto de vista legal, a tese está baseada no art. 7º do CDC, que adota um modelo aberto de interação legislativa. Repise-se que, de acordo com tal comando, os direitos previstos no CDC não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Nesse contexto, é possível que a norma mais favorável ao consumidor esteja fora da própria Lei Consumerista, podendo o intérprete fazer a opção por esse preceito específico.

Uma das principais justificativas que podem surgir para a incidência refere-se à sua *funcionalidade*. É cediço que vivemos um momento de explosão de leis, um "*Big Bang legislativo"*, como simbolizou Ricardo Lorenzetti. O mundo pós-moderno e globalizado, complexo e abundante por natureza, convive com uma quantidade enorme de normas jurídicas, a deixar o aplicador do Direito até desnorteado. Repise-se a convivência com a *era da desordem*, conforme expõe o mesmo Lorenzetti.[18] O *diálogo das fontes* serve como leme nessa tempestade de complexidade.

Desse modo, diante do pluralismo pós-moderno, com inúmeras fontes legais, surge a necessidade de coordenação entre as leis que fazem parte do mesmo ordenamento jurídico.[19] A expressão é feliz justamente pela adequação à realidade social da pós-modernidade. Ao justificar o diálogo das fontes, esclarece Claudia Lima Marques que "A bela expressão de Erik Jayme, hoje consagrada no Brasil, alerta-nos de que os tempos pós-modernos não mais permitem esse tipo de clareza ou monossolução. A solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinção. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas".[20]

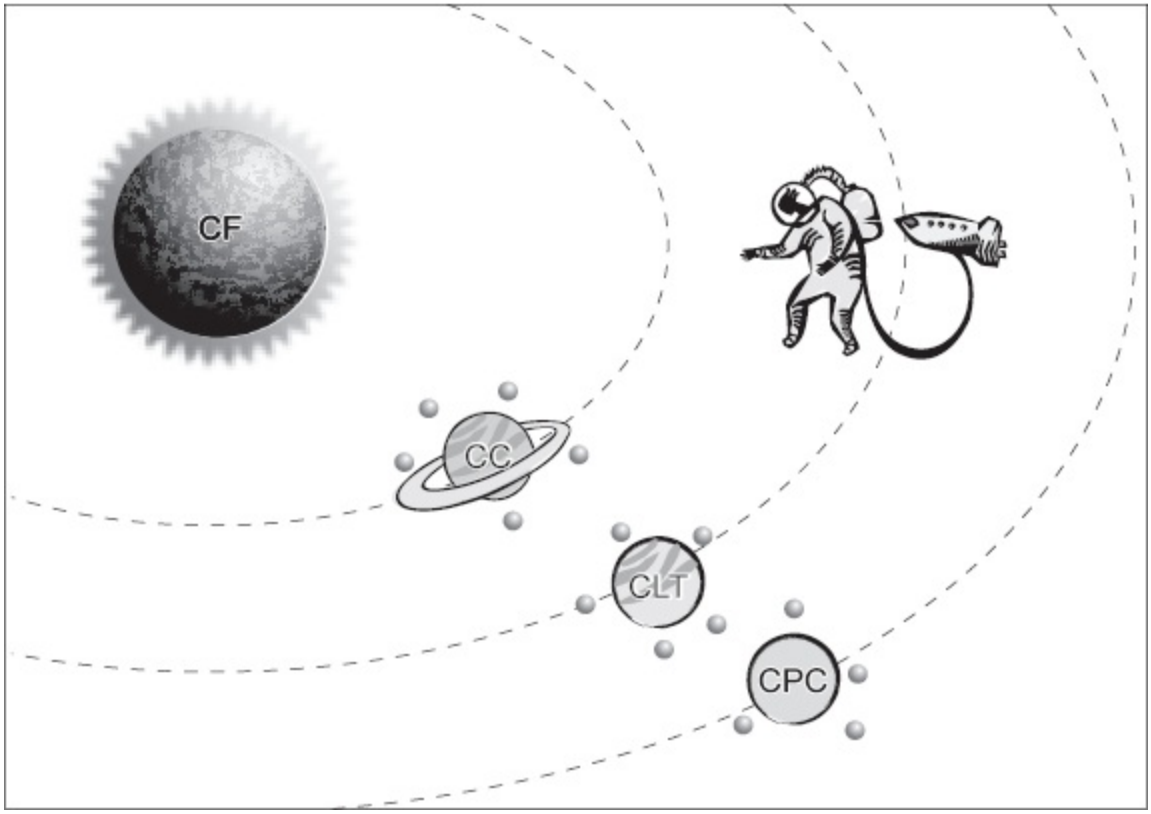
Como ensina a própria jurista, há um *diálogo* diante de influências recíprocas, com a possibilidade de aplicação concomitante das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, de forma complementar ou subsidiária. Há, assim, uma solução que é flexível e aberta, de interpenetração ou de busca, no sistema, da norma que seja mais favorável ao vulnerável.[21] Ainda, como afirma a doutrinadora em outra obra, "O uso da expressão do mestre 'diálogo das fontes' é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação,

procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'".[22]

A possibilitar tal interação no que concerne às relações obrigacionais, sabe-se que houve uma aproximação principiológica entre o CDC e o CC/2002 no que tange aos contratos. Essa aproximação principiológica se deu pelos *princípios sociais contratuais*, que já estavam presentes na Lei Consumerista e foram transpostos para a codificação privada, quais sejam os princípios da autonomia privada, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Nesse sentido e no campo doutrinário, na *III Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2002, aprovou-se o Enunciado n. 167, *in verbis:* "Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos".

Por isso, os defensores dos consumidores, como o presente autor, não devem temer o Código Civil de 2002, como temiam o Código Civil de 1916, norma essencialmente individualista e egoística. Como o Código Civil de 2002 pode servir também para a tutela efetiva dos consumidores, como se verá, supera-se, então, no que tange aos contratos, a ideia de que o Código Consumerista seria um microssistema jurídico, totalmente isolado do Código Civil de 2002.

Simbologicamente, pode-se dizer que, pela teoria do diálogo das fontes, supera-se a *interpretação insular do Direito*, segundo a qual cada ramo do conhecimento jurídico representaria uma ilha (símbolo criado por José Fernando Simão). O Direito passa a ser visualizado, assim, como um sistema solar (*interpretação sistemática e planetária*), em que os planetas são os Códigos, os satélites são os estatutos próprios (caso do CDC) e o Sol é a Constituição Federal, irradiando seus raios solares – seus princípios – por todo o sistema (figura de Ricardo Luis Lorenzetti). Vejamos tais visualizações, de forma esquematizada:



Deve ficar claro, contudo, e de antemão, que, apesar do termo "Código", o CDC não tem um papel central no Direito Privado, como tem o Código Civil Brasileiro. Isso porque os conceitos fundamentais privados constam da codificação privada, e não da Lei Consumerista. A título de exemplo, o CDC trata da prescrição e da decadência, dos contratos de consumo e da responsabilidade civil consumerista. Todavia, os conceitos estruturantes de tais institutos constam do Código Civil de 2002, como se verá na presente obra.

Pois bem, Claudia Lima Marques demonstra três diálogos possíveis a partir da teoria exposta:[23]

a) Havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o *diálogo sistemático de coerência*. Exemplo: os conceitos dos contratos de espécie podem ser retirados do Código Civil, mesmo sendo o contrato de consumo, caso de uma compra e venda (art. 481 do CC).

b) Se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (*diálogo de complementaridade*) ou indireta (*diálogo de subsidiariedade*). O exemplo típico ocorre com os contratos de consumo que também são de adesão. Em relação às cláusulas abusivas, pode ser invocada a proteção dos consumidores constante do art. 51 do CDC e, ainda, a proteção dos aderentes constante do art. 424 do CC.

c) Os *diálogos de influências recíprocas sistemáticas* estão presentes quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da outra. Assim, o conceito de consumidor pode sofrer influências do próprio Código Civil. Como afirma a própria Claudia Lima Marques, "é a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *doublé sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)".

Analisadas tais premissas fundamentais, é interessante trazer à colação, com os devidos comentários, alguns julgados nacionais que aplicaram a *teoria do diálogo das fontes*, propondo uma interação entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. De imediato, da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colaciona-se a seguinte ementa:

> "Ação civil pública. Contrato de arrendamento mercantil – *leasing*. Cláusula de seguro. Abusividade. Inocorrência. 1. Não se pode interpretar o Código de Defesa do Consumidor de modo a tornar qualquer encargo contratual atribuído ao consumidor como abusivo, sem observar que as relações contratuais se estabelecem, igualmente, através de regras de direito civil. 2. O CDC não exclui a principiologia dos contratos de direito civil. Entre as normas consumeristas e as regras gerais dos contratos, insertas no Código Civil e legislação extravagante, deve haver complementação e não exclusão. É o que a doutrina chama de Diálogo das Fontes. 3. Ante a natureza do contrato de arrendamento mercantil ou *leasing*, em que pese a empresa arrendante figurar como proprietária do bem, o arrendatário possui o dever de conservar o bem arrendado, para que ao final da avença, exercendo o seu direito, prorrogue o contrato, compre ou devolva o bem. 4. A cláusula que obriga o arrendatário a contratar seguro em nome da arrendante não é abusiva, pois aquele possui dever de conservação do bem, usufruindo da coisa como se dono fosse, suportando, em razão disso, riscos e encargos inerentes a sua obrigação. O seguro, nessas circunstâncias, é garantia para o cumprimento da avença, protegendo o patrimônio do arrendante, bem como o indivíduo de infortúnios. 5. Rejeita-se, contudo, a venda casada, podendo o seguro ser realizado em qualquer seguradora de livre escolha do interessado 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido" (STJ – REsp 1.060.515/DF – Quarta Turma – Rel. Des. Conv. Honildo Amaral de Mello Castro – j. 04.05.2010 – *DJe* 24.05.2010).

Ainda no plano do STJ, anote-se que aquela jurisprudência superior já debateu, com base no diálogo das fontes, a incidência ou não do prazo geral de prescrição do Código Civil na situação envolvendo o tabagismo, por ser o prazo maior mais favorável ao consumidor. Destaque-se que o tema ainda será aprofundado na presente obra. No presente momento, colaciona-se apenas a ementa do julgado, pela menção expressa à teoria:

"Consumidor e civil. Art. 7º do CDC. Aplicação da lei mais favorável. Diálogo de fontes. Relativização do princípio da especialidade. Responsabilidade civil. Tabagismo. Relação de consumo. Ação indenizatória. Prescrição. Prazo. O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. Assim, e nos termos do art. 7º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microssistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. Diante disso, conclui-se pela inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 27 do CDC à hipótese dos autos, devendo incidir a prescrição vintenária do art. 177 do CC/1916, por ser mais favorável ao consumidor. Recente decisão da 2ª Seção, porém, pacificou o entendimento quanto à incidência na espécie do prazo prescricional de 5 anos previsto no art. 27 do CDC, que deve prevalecer, com a ressalva do entendimento pessoal da Relatora. Recursos especiais providos" (STJ – REsp 1009591/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi –, j. 13.04.2010 – *DJe* 23.08.2010).

Da mesma maneira, concretizando a teoria e limitando os juros cobrados em cartão de crédito, decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, entre tantas ementas que se repetem:

"Consumidor. Cartão de crédito. Juros abusivos. Código de Defesa do Consumidor. Juros: estipulação usurária pecuniária ou real. Trata-se de crime previsto na Lei 1.521/1951, art. 4º. Limitação prevista na Lei 4.595/1964 e nas normas do Conselho Monetário Nacional, regulação vigorante, ainda que depois da revogação do art. 192 da CF/1988, pela Emenda Constitucional 40, de 2003. Manutenção da razoabilidade e limitação de prática de juros pelo art. 161 do CTN combinando com 406 e 591 do CC/2002. A cláusula geral da boa-fé está presente tanto no Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, III, e 51, IV, e § 1º, do CDC) como no Código Civil de 2002 (arts. 113, 187 e 422, do CC/2002), que devem atuar em diálogo (diálogo das fontes, na expressão de Erik Jayme) e sob a luz da Constituição e dos direitos fundamentais para proteger os direitos dos consumidores (art. 7º do CDC). Relembre-se, aqui, portanto, o Enunciado de n. 25 da *Jornada de Direito Civil*, organizada pelo STJ em 2002, que afirma: 'a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento legal dos contratantes'. Recurso improcedente" (TJBA – Recurso 0204106-62.2007.805.0001-1 – Segunda Turma Recursal – Rel. Juíza Nicia Olga Andrade de Souza Dantas – *DJBA* 25.01.2010).

Do Tribunal do Rio Grande do Norte, da mesma maneira tentando uma aproximação conceitual entre os dois Códigos, colaciona-se:

"Civil. CDC. Processo Civil. Apelação cível. Juízo de admissibilidade positivo. Ação de indenização por danos morais. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Notificação cartorária. Cobrança indevida. Prestação de serviços. Relação de consumo configurada. Incidência do Código Civil. Diálogo das fontes. Responsabilidade objetiva. Vício de qualidade. Dano moral. configurado. Dano à honra. Abalo à saúde. *Quantum* indenizatório excessivo. Redução. Minoração da condenação em honorários advocatícios. Recurso conhecido e provido em parte" (TJRN – Acórdão 2009.010644-0, Natal – Terceira Câmara Cível – Rel. Juíza Conv. Maria Neize de Andrade Fernandes – *DJRN* 03.12.2009, p. 39).

Tratando da coexistência entre as leis, enunciado fundamental da teoria do diálogo das fontes, destaque-se decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul:

"Embargos de declaração. Ensino particular. Desnecessidade de debater todos os argumentos das partes. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Diálogo das fontes. 1. Formada a convicção pelo julgador que já encontrou motivação suficiente para alicerçar sua decisão, e fundamentada nesse sentido, consideram-se afastadas teses, normas ou argumentos porventura esgrimidos em sentidos diversos. 2. Em matéria de consumidor vige um método de superação das antinomias chamado de diálogo das fontes, segundo o qual o diploma consumerista coexiste com as demais fontes de direito como o Código Civil e Leis esparsas. Embargos desacolhidos" (TJRS – Embargos de Declaração 70027747146, Caxias do Sul – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Liége Puricelli Pires – j. 18.12.2008 – *DOERS* 05.02.2009, p. 43).

Por fim, sem prejuízo de inúmeros outros julgados que utilizaram a teoria do diálogo das fontes, merecem relevo os seguintes acórdãos do Tribunal de São Paulo, do mesmo modo buscando uma complementaridade entre o CC/2002 e o CDC:

"Civil. Compromisso de compra e venda de imóvel. Transação. Carta de crédito. Relação de consumo. Lei 8.078/1990. Diálogo das fontes. Abusividade das condições consignadas em carta de crédito. Validade do instrumento quanto ao reconhecimento de dívida. Processual civil. Honorários. Princípio da sucumbência e da causalidade. Arbitramento em conformidade com o disposto no art. 20, § 3º do CPC. Recurso desprovido" (TJSP – Apelação com revisão 293.227.4/4 – Acórdão 3233316, São Paulo – Segunda Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Boris Padron Kauffmann – j. 09.09.2008 – *DJESP* 01.10.2008).

"Responsabilidade civil. Defeito em construção. Contrato de empreitada mista. Responsabilidade objetiva do empreiteiro. Análise conjunta do CC e CDC. Diálogo das fontes. Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP – Apelação com revisão 281.083.4/3 – Acórdão 3196517, Bauru – Oitava Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Caetano Lagrasta – j. 21.08.2008, *DJESP* 09.09.2008).

"Responsabilidade civil por vícios de construção. Desconformidade entre o projeto e a obra. Paredes de espessura inferior às constantes do projeto, que provocam alterações acústicas e de temperatura nas unidades autônomas. Responsabilidade da incorporadora e construtora pela correta execução do empreendimento. Vinculação da incorporadora e construtora à execução das benfeitorias prometidas, que integram o preço. Desvalorização do empreendimento. Indenização pelos vícios de construção e pelas desconformidades com o projeto original e a oferta aos adquirentes das unidades. Inocorrência de prescrição ou decadência da pretensão ou direito à indenização. Incidência do prazo prescricional de solidez da obra do Código Civil. Diálogo das fontes com o Código de Defesa do Consumidor. Ação procedente. Recurso improvido" (TJSP – Apelação cível 407.157.4/8 – Acórdão 2635077, Piracicaba – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Francisco Loureiro – j. 29.05.2008 – *DJESP* 20.06.2008).

Superadas tais ilustrações, deve ficar bem claro que a teoria do diálogo das fontes é realidade inafastável do Direito do Consumidor no Brasil. Sendo assim, tal premissa teórica, por diversas vezes, será utilizada como linha de argumentação na presente obra. De toda sorte, cumpre destacar que a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os *critérios clássicos* de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, da especialidade e cronológico). Realmente, esse será o seu papel no futuro. No momento, ainda é possível conciliar tais critérios com a aclamada tese.

1.4. O CONTEÚDO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A ORGANIZAÇÃO DA PRESENTE OBRA

Este livro procura analisar os principais conceitos e construções que constam da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecido como Código de Defesa do Consumidor em seus aspectos materiais e processuais. A sua organização segue justamente a divisão metodológica constante naquela lei.

Desse modo, superada a presente introdução, o Capítulo 2 desta obra aborda os princípios estruturantes do Código Brasileiro de Direito do Consumidor, retirados dos arts. 4º e 6º da Lei 8.078/1990.

Em continuidade, no Capítulo 3 são estudados os elementos da relação jurídica de consumo (elementos subjetivos e objetivos), tendo como parâmetros estruturais os arts. 2º e 3º do CDC, sem prejuízo de outros comandos, caso dos seus arts. 17 e 29, que tratam do conceito do consumidor por equiparação ou *bystander*.

No Capítulo 4, o cerne do estudo é a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, um dos temas mais importantes do Direito do Consumidor na atualidade, matéria tratada entre os arts. 8º a 27.

O Capítulo 5 tem por objeto a proteção contratual dos consumidores, constante dos arts. 46 a 54, capítulo que também traz regras fundamentais para a realidade contemporânea consumerista.

Tendo por objeto também as práticas comerciais, assim como o tópico anterior, o Capítulo 6 aborda a proteção dos consumidores quanto à oferta e publicidade, com enfoque teórico e prático (arts. 30 a 38).

No Capítulo 7, ainda com relação às práticas comerciais, verifica-se o estudo das práticas abusivas, tendo como parâmetro os arts. 30 a 42-A da Lei Consumerista.

O importante e atual tema dos cadastros de consumidores é a matéria do Capítulo 8 deste livro, com análise da natureza dos cadastros positivos e negativos (arts. 43 e 44 do CDC), à luz da melhor doutrina e da atual jurisprudência. O Capítulo 9 trata de aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica tratada pelo CDC.

Esses nove primeiros capítulos foram desenvolvidos pelo presente autor.

O Capítulo 10 analisa questões da defesa individual do consumidor em juízo. O Capítulo 11 aborda a tutela coletiva do consumidor. O Capítulo 12 trata de aspectos processuais relativos à desconsideração da personalidade jurídica. No Capítulo 13, o tema é a Ordem Pública e o Direito do Consumidor. Por fim, o Capítulo 14 encerra o tema do *habeas data* na ótica do CDC. Os cinco últimos capítulos foram escritos pelo coautor Daniel Amorim Assumpção Neves.

Vejamos, então, todos esses institutos, de forma sucessiva e aprofundada.

_____

1 Conforme se extrai da obra *Código de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do Anteprojeto*, de autoria de Ada Pellegrini Grinover e outros (8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1).

2 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 97-100.

3 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*, cit., p. 108.

4 JAPIASSU, Hilton Ferreira. *A crise da razão no ocidente*. Disponível em: <http://www.sinergia-spe.net/editoraeletronica/autor/069/06900100.htm>. Acesso em: 17 mar. 2009.

5 JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. Trad. Claudia Lima Marques e Nádia de Araújo. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Coord.). *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 4.

6 JAYME, Erik. Il diritto internazionale privato estense. *Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Estrato. Diretta da Fausto Pocar, Tullio Treves, Sergio M. Carbone, Andrea Giardina, Riccardo Luzzatto, Franco Mosconi, Padova: Cedam, ano XXXII, n. 1, Gennaio/Marzo 1996. p. 18.

7 JAYME, Erik. Il diritto internazionale privato estense, cit., p. 18.

8 Ver: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 44; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009. p. 43.

9 MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004. p. 26, nota n. 3. Trata-se da introdução à obra coletiva escrita em coautoria com Antonio Herman de V. Benjamin e Bruno Miragem, em que a doutrinadora expõe a teoria do diálogo das fontes.

10 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Parecer. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito a indenização na responsabilidade civil. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26-27.

11 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 359-360.

12 Sobre o tema: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004.

13 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 91.

14 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 906.

15 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

16 MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 419.

17 Nesse sentido, por exemplo: RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 93-94.

18 Todos os referenciais teóricos do jurista argentino constam em: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*, cit.

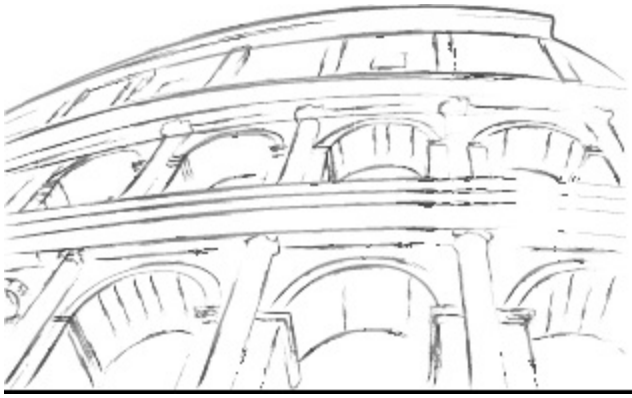
19 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 26.

20 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008. p. 89.

21 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 29.

22 MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 87.

23 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, cit., p. 91.



2

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sumário: 2.1. Primeiras palavras sobre os princípios jurídicos – 2.2. Princípio do protecionismo do consumidor (art. 1º da Lei 8.078/1990) – 2.3. Princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, inc. I, da Lei 8.078/1990) – 2.4. Princípio da hipossuficiência do consumidor (art. 6º, inc. VIII, da Lei 8.078/1990) – 2.5. Princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, inc. III, da Lei 8.078/1990) – 2.6. Princípio da transparência ou da confiança (arts. 4º, *caput*, e 6º, inc. III, da Lei 8.078/1990). A tutela da informação – 2.7. Princípio da função social do contrato – 2.8. Princípio da equivalência negocial (art. 6º, inc. II, da Lei 8.078/1990) – 2.9. Princípio da reparação integral dos danos (art. 6º, inc. VI, da Lei 8.078/1990). Os danos reparáveis nas relações de consumo.

2.1. PRIMEIRAS PALAVRAS SOBRE OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O estudo dos princípios consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor é um dos pontos de partida para a compreensão do sistema adotado pela Lei Consumerista como norma protetiva dos vulneráveis negociais. Como é notório, a Lei 8.078/1990 adotou um sistema aberto de proteção, baseado em conceitos legais indeterminados e construções vagas, que possibilitam uma melhor adequação dos preceitos às circunstâncias do caso concreto.

Nesse contexto, é interessante fazer a devida *confrontação principiológica* entre o CDC e o Código Civil, até porque muitos dos conceitos que constam da codificação privada de 2002 encontram suas raízes na Lei 8.078/1990. Certo é que, diante de diferenças principiológicas históricas e políticas, o Código de Defesa do Consumidor encontrava-se muito distante do Código Civil de 1916, realidade essa alterada a partir da vigência do Código Civil de 2002, como foi exposto no capítulo introdutório desta obra.

O Código Civil de 1916 era uma norma essencialmente agrarista, patrimonialista e egoísta, que não protegia qualquer parte vulnerável da relação jurídica estabelecida. Na verdade, como expõe Rodolfo Pamplona Filho em suas palestras, o Código Civil de 1916 era norma estruturada apenas para o amparo de uma figura jurídica: o fazendeiro casado. Por outra via, o Código Civil de 2002, além de proteger o aderente contratual como parte mais fraca da relação (arts. 423 e 424), consagra muitos preceitos já previstos na lei protetiva, tais como a vedação do abuso de direito e da onerosidade excessiva, a valorização da boa-fé objetiva e da tutela da confiança, a responsabilidade

objetiva fundada no risco, a proibição do enriquecimento sem causa, entre outros.

Diante da aproximação das duas leis, como foi demonstrado no Capítulo 1 desta obra, Claudia Lima Marques, a partir dos ensinamentos de Erik Jayme, propõe diálogos de interação entre o Código de Defesa do Consumidor e o atual Código Civil, buscando estabelecer premissas para um diálogo sistemático de coerência, de complementaridade e de subsidiariedade, de coordenação e adaptação sistemática.[1] Nesse contexto de balizamento, Claudia Lima Marques leciona que "o novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (a seguir CC/2002), traz ao direito privado brasileiro geral os mesmos princípios já presentes no Código de Defesa do Consumidor (como a função social dos contratos, a boa-fé objetiva etc.)".[2] Isso porque "a convergência de princípios entre o CDC e o CC/2002 é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre estas duas leis que, com igualdade e equidade, visam a harmonia nas relações civis em geral e nas de consumo ou especiais. Como ensina a Min. Eliana Calmon: 'O Código de Defesa do Consumidor é diploma legislativo que já se amolda aos novos postulados, inscritos como princípios éticos, tais como a boa-fé, lealdade, cooperação, equilíbrio e harmonia das relações'".[3]

Justamente por isso, repise-se que, quando da *III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em dezembro de 2004, foi aprovado o Enunciado n. 167, com teor muito próximo ao texto acima transcrito. Conforme proposta do magistrado paraibano Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, o enunciado doutrinário aponta que, com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica desse Código em relação ao Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, eis que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos. Das justificativas apresentadas pelo jovem jurista, merece destaque o seguinte trecho:

> "Entretanto pode-se dizer que, até o advento do Código Civil de 2002, somente o Código de Defesa do Consumidor encampava essa nova concepção contratual, ou seja, somente o CDC intervinha diretamente no conteúdo material dos contratos. Entretanto, o Código Civil de 2002 passou também a incorporar esse caráter cogente no trato das relações contratuais, intervindo diretamente no conteúdo material dos contratos, em especial através dos próprios novos princípios contratuais da função social, da boa-fé objetiva e da equivalência material. Assim, a corporificação legislativa de uma atualizada teoria geral dos contratos protagonizada pelo CDC teve sua continuidade com o advento do Código Civil de 2002, o qual, a exemplo daquele, encontra-se carregado de novos princípios jurídicos contratuais e cláusulas gerais, todos hábeis a proteção do consumidor mais fraco nas relações contratuais comuns, sempre em conexão axiológica, valorativa, entre dita norma e a Constituição Federal e seus princípios constitucionais. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 são, pois, normas representantes de uma nova concepção de contrato e, como tal, possuem pontos de confluência em termos de teoria contratual, em especial no que respeita aos princípios informadores de uma e de outra norma" (*III Jornada de Direito Civil*. Conselho da Justiça Federal. Org. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília: CJF, 2005).[4]

Na mesma perspectiva, Luiz Edson Fachin, em artigo publicado em Portugal, menciona a existência de um *approach* entre o novo Código Civil brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor.[5] De acordo com essa realidade, a compreensão dos princípios do CDC significa também, indiretamente, a percepção dos regramentos básicos do Código Civil de 2002. Com tal estudo, portanto, o estudioso do Direito tem condições de compreender a sistemática de duas leis ao mesmo tempo, o que justifica a elaboração do presente capítulo, do ponto de vista técnico e metodológico. Em suma, o estudo dos princípios jurídicos possibilita uma *visão panorâmica* do sistema jurídico, em uma antecipação de todas as abordagens que seguirão neste trabalho.

Não se pode esquecer, ato contínuo, da importância do estudo dos princípios jurídicos, que são

regramentos básicos aplicáveis a uma determinada categoria ou ramo do conhecimento. Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. Reconhece-se, desde Rubens Limongi França, a força normativa dos princípios, bem como, mais recentemente, a sua posição constitucional e incidência imediata.[6]

No aspecto conceitual, interessante a construção de Miguel Reale, para quem "Os princípios são 'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*".[7] Entre os consumeristas, cumpre destacar a visão de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, os quais lecionam que os princípios são "regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas".[8]

De toda sorte, alerte-se que os princípios não são aplicados apenas em casos de lacunas da lei, de forma meramente subsidiária, mas também de forma imediata, para corrigir normas injustas em determinadas situações. Em muitas concreções envolvendo entes privados – inclusive fornecedores e consumidores –, os princípios têm incidência imediata, como se verá na presente obra. Na esteira dessas últimas conclusões, não se pode esquecer que, muitas vezes, os princípios encontram-se expressos nas normas jurídicas, mas não necessariamente. No caso do Código do Consumidor, muitos dos princípios a seguir demonstrados podem ser retirados dos arts. 1º, 4º e 6º da Lei 8.078/1990. Todavia, existem princípios que são implícitos ao sistema protetivo, caso do princípio da função social dos contratos.

Conforme notícia vinculada por mensagem eletrônica enviada pelo Instituto Brasileiro de Política de Direito do Consumidor (BRASILCON), a importância vital dos princípios consumeristas para todo o Direito foi reconhecida pela *International Law Association* (ILA-Londres), um dos principais fóruns de Direito Internacional do mundo, quando da realização do 75.º Congresso de Direito Internacional, realizado em Sófia (Bulgária), nos dias 26 a 30 de agosto de 2012. Na ocasião, foi elaborada a *Declaração de Sófia sobre o Desenvolvimento de Princípios Internacionais de Proteção do Consumidor*, com a edição dos seguintes regramentos fundamentais a respeito da matéria: "*a)* Princípio da vulnerabilidade – os consumidores são vulneráveis frente aos contratos de massa e padronizados, em especial no que concerne à informação e ao poder de negociação; *b)* Princípio da proteção mais favorável ao consumidor – é desejável, em Direito Internacional Privado, desenvolver *standards* e aplicar normas que permitam aos consumidores beneficiarem-se da proteção mais favorável ao consumidor; *c)* Princípio da justiça contratual – as regras e o regulamento dos contratos de consumo devem ser efetivos e assegurar transparência e justiça contratual; *d)* Princípio do crédito responsável – crédito responsável impõe responsabilidade a todos os envolvidos no fornecimento de crédito ao consumidor, inclusive fornecedores, corretores, agentes e consultores; *e)* Princípio da participação dos grupos e associações de consumidores – grupos e associações de consumidores devem participar ativamente na elaboração e na regulação da proteção do consumidor".

Como se verá, os princípios expostos pela presente obra estão muito próximos dos editados naquele importante evento internacional. Vejamos, então, o seu estudo, de forma pontual.

2.2. PRINCÍPIO DO PROTECIONISMO DO CONSUMIDOR (ART. 1º DA LEI 8.078/1990)

Do texto legal, o princípio do protecionismo do consumidor pode ser retirado do art. 1º da Lei 8.078/1990, segundo o qual o Código Consumerista estabelece normas de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inc. XXXII, e do art. 170, inc. V da Constituição Federal, além do art. 48 de suas Disposições Transitórias. Não se pode esquecer que, conforme o segundo comando constitucional citado, a proteção dos consumidores é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira.

A natureza de norma de ordem pública e interesse social justifica plenamente o teor da Lei 12.291/2010, que torna obrigatória a exibição de um exemplar do Código de Defesa do Consumidor em todos os estabelecimentos comerciais do País, sob pena de imposição de multa no valor de R$ 1.064,10 (hum mil e sessenta e quatro reais e dez centavos). Na verdade, mais do que isso, diante de sua inegável importância para a sociedade, o Direito do Consumidor deveria ser matéria obrigatória na grade do ensino médio nas escolas do Brasil. Por óbvio, deve ser ainda disciplina autônoma e compulsória nas faculdades de Direito, o que não ocorre, muitas vezes.[9]

O *princípio do protecionismo do consumidor* enfeixa algumas consequências práticas que não podem ser esquecidas.

A *primeira consequência* é que as regras da Lei 8.078/1990 não podem ser afastadas por convenção entre as partes, sob pena de nulidade absoluta. Como fundamento para essa conclusão, pode ser citada a previsão do art. 51, inc. XV, do próprio CDC, segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor. O tema ainda será aprofundado no Capítulo 5 deste livro, que trata da proteção contratual.

Como *segunda consequência*, cabe sempre a intervenção do Ministério Público em questões envolvendo problemas de consumo. O art. 82, inc. II, do Código de Processo Civil enuncia que compete ao MP intervir nas ações em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, o que é justamente o caso das demandas de consumo. Igualmente, a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) reconhece a legitimidade do Ministério Público para as demandas coletivas envolvendo danos materiais e morais aos consumidores (art. 1º). Tal incremento na atuação do Ministério Público representa a própria evolução da instituição, eis que, como bem aponta o promotor de justiça gaúcho Julio César Finger, "A parte mais visível desse 'novo' Ministério Público foi a constitucionalização e a posterior popularização das ações civis públicas para a efetivação de direitos coletivos e difusos. As ações movidas pelo Ministério Público serviram de base para a formação de uma 'doutrina' nacional acerca do que se configurariam esses 'novos direitos'".[10]

Como *terceira consequência*, toda a proteção constante da Lei Protetiva deve ser conhecida de ofício pelo juiz, caso da nulidade de eventual cláusula abusiva. Assim sendo, fica claro que representa uma total afronta ao princípio do protecionismo do consumidor o teor da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer de ofício das abusividades das cláusulas contratuais. A crítica à referida ementa igualmente será aprofundada no Capítulo 5 deste livro, com as devidas referências doutrinárias.

Cabe frisar que, como feliz iniciativa, o Projeto de Lei 281/2012 – uma das projeções

legislativas de Reforma do CDC em curso no Congresso Nacional – pretende ampliar o sentido desse protecionismo, incluindo um parágrafo único ao art. 1º da Lei 8.078/1990, com a seguinte redação: "As normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor". Como se verá em vários trechos deste livro, tal caminho hermenêutico já pode e deve ser adotado, visando a efetiva tutela dos direitos dos consumidores brasileiros.

Ressaltando ainda mais a importância do princípio em questão, destaque-se, do ano de 2013, a emergência do Decreto 7.963, que institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo. Nos termos do seu art. 1º, tal Plano tem como finalidade promover a proteção e defesa do consumidor em todo o território nacional, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações. O Plano Nacional de Consumo e Cidadania será executado pela União em colaboração com Estados, Distrito Federal, Municípios e com a sociedade. São suas diretivas fundamentais: *a)* educação para o consumo; *b)* adequada e eficaz prestação dos serviços públicos; *c)* garantia do acesso do consumidor à justiça; *d)* garantia de produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho; *e)* fortalecimento da participação social na defesa dos consumidores; *f)* prevenção e repressão de condutas que violem direitos do consumidor; e *g)* autodeterminação, privacidade, confidencialidade e segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, inclusive por meio eletrônico (art. 2º).

Seguindo na análise dos demais regramentos fundamentais do CDC, frise-se que todos os princípios a seguir são decorrências naturais do princípio do protecionismo, retirado também da última norma citada, e que surgiu para amparar o vulnerável negocial na sociedade de consumo de massa (*mass consumption society*). Como bem explica Rizzatto Nunes a respeito do protecionismo, "o fato é que todas as normas instituídas no CDC têm como princípio e meta a proteção e a defesa do consumidor".[11]

2.3. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR (ART. 4º, INC. I, DA LEI 8.078/1990)

Pela leitura do art. 4º, inc. I, do CDC é constatada a clara intenção do legislador em dotar o consumidor, em todas as situações, da condição de vulnerável na relação jurídica de consumo. De acordo com a realidade da sociedade de consumo, não há como afastar tal posição desfavorável, principalmente se forem levadas em conta as revoluções pelas quais passaram as relações jurídicas e comerciais nas últimas décadas. Carlos Alberto Bittar comenta muito bem essas desigualdades, demonstrando que "essas desigualdades não encontram, nos sistemas jurídicos oriundos do liberalismo, resposta eficiente para a solução de problemas que decorrem da crise de relacionamento e de lesionamentos vários que sofrem os consumidores, pois os Códigos se estruturaram com base em uma noção de paridade entre as partes, de cunho abstrato".[12] Diante da vulnerabilidade patente dos consumidores, surgiu a necessidade de elaboração de uma lei protetiva própria, caso da nossa Lei 8.078/1990.

Como efeito, há tempos não se pode falar mais no poder de barganha antes presente entre as partes negociais, nem mesmo em posição de equivalência nas relações obrigacionais existentes na sociedade de consumo. Os antigos elementos subjetivos da relação obrigacional (credor e devedor)

ganharam nova denominação no mercado, bem como outros tratamentos legislativos. Nesse contexto de mudança, diante dessa frágil posição do consumidor é que se justifica o surgimento de um estatuto jurídico próprio para sua proteção. Conforme as lições de Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, "a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado (assim Ripert, *Le règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulvard, *Rapport*, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a 'explicação' destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulvar, *Rapport*, p. 324), é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa".[13]

Entre os juristas europeus, Guido Alpa questiona as razões para a proteção legal dos consumidores. Entre essas, aponta a tutela da pessoa como o principal motivo para tal amparo.[14] Desse modo, não há como afastar, como principal justificativa para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, a proteção da dignidade da pessoa humana, que entre nós está consagrada no art. 1º, III, da Constituição da República.

Ato contínuo de raciocínio, não se olvide a exposição do consumidor aos meios de oferta e informação, sendo impossível que a parte tenha conhecimento amplo sobre todos os produtos e serviços colocados no mercado. A publicidade e os demais meios de oferecimento do produto ou serviço estão relacionados a essa vulnerabilidade, eis que deixam o consumidor à mercê das vantagens sedutoras expostas pelos veículos de comunicação e informação.

Com a mitigação do modelo liberal da autonomia da vontade e a massificação dos contratos, percebe-se uma discrepância na discussão e aplicação das regras comerciais, o que justifica a presunção de vulnerabilidade, reconhecida como uma *condição jurídica*, pelo tratamento legal de proteção. Tal presunção é absoluta ou *iure et de iure*, não aceitando declinação ou prova em contrário, em hipótese alguma.[15] Trazendo interessante conclusão a respeito dessa presunção absoluta, insta colacionar decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul:

> "Plano *Nosso Modo*. TIM Celular S.A. Estação móvel celular. Prestação de serviços de telefonia móvel a microempresa. Comodato. Mau funcionamento. Inc. II, do art. 333, do CPC. Prazo decadencial não iniciado. VIII, do art. 6º, do CDC. Hipossuficiência. Verossimilhança. Vulnerabilidade. Art. 4º do CDC. (1) 'o CDC não faz distinção entre pessoa física ou jurídica, ao formular o conceito de consumidor, quando estes adquirem serviços na qualidade de destinatário final, que buscam o atendimento de sua necessidade própria; ainda mais quando se trata de bem de consumo, além de haver um desequilíbrio entre as partes'. (...). Ainda, impõe-se dizer que o demandante, conforme o art. 4º do CDC é vulnerável, pois não possui conhecimento técnico-científico do serviço que contratou, este conceito diz respeito à relação de direito material, tendo presunção absoluta, não admitindo prova em contrário' (Recurso 71000533554, Porto Alegre, 3ª Turma Recursal Cível, TJRS, j. 13.07.2004, unânime, Rel. Dra. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez)" (TJRS – Recurso Cível 71000533554, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez – j. 13.07.2004).

O que se percebe, portanto, é que o conceito de vulnerabilidade é diverso do de hipossuficiência. Todo consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente, como se verá a seguir. Assim, enquadrando-se a pessoa como consumidora, fará *jus* aos benefícios previstos nesse importante estatuto jurídico protetivo. Assim, pode-se dizer que a vulnerabilidade é *elemento posto* da relação de consumo e não um *elemento pressuposto*, em regra.[16] O elemento pressuposto é a condição de

consumidor. Vejamos, de forma esquematizada:

Sintetizando, constata-se que a *expressão consumidor vulnerável é pleonástica*, uma vez que todos os consumidores têm tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário. Para concretizar, de acordo com a melhor concepção consumerista, uma pessoa pode ser vulnerável em determinada situação – sendo consumidora –, mas em outro caso concreto poderá não assumir tal condição, dependendo da relação jurídica consubstanciada no caso concreto. A título de exemplo, pode-se citar o caso de um empresário bem-sucedido. Caso esse empresário adquira um bem de produção para sua empresa, não poderá ser enquadrado como destinatário final do produto, não sendo um consumidor vulnerável. Entretanto, adquirindo um bem para uso próprio e dele não retirando lucro, será consumidor, havendo a presunção absoluta de sua vulnerabilidade.

Por derradeiro, este autor entende que, para se reconhecer a vulnerabilidade, pouco importa a situação política, social, econômica ou financeira da pessoa, bastando a condição de consumidor, enquadramento que depende da análise dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/1990, para daí decorrerem todos os benefícios legislativos, na melhor concepção do Código Consumerista. Deve-se deixar claro que entender que a situação da pessoa natural ou jurídica poderá influir na vulnerabilidade é confundir o princípio da vulnerabilidade com o da hipossuficiência, objeto de estudo a partir de agora.

2.4. PRINCÍPIO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR (ART. 6º, INC. VIII, DA LEI 8.078/1990)

Ao contrário do que ocorre com a vulnerabilidade, a hipossuficiência é um *conceito fático* e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto. Assim sendo, *todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente*. Logicamente, o significado de hipossuficiência não pode, de maneira alguma, ser analisado de maneira restrita, dentro apenas de um conceito de discrepância econômica, financeira ou política.

A hipossuficiência, conforme ensina a doutrina, pode ser *técnica*, pelo desconhecimento em relação ao produto ou serviço adquirido, sendo essa a sua natureza perceptível na maioria dos casos. Nessa linha, aponta Roberto Senise Lisboa que "O reconhecimento judicial da hipossuficiência deve ser feito, destarte, à luz da situação socioeconômica do consumidor perante o fornecedor (hipossuficiência fática). Todavia, a hipossuficiência fática não é a única modalidade contemplada na noção de hipossuficiência, à luz do art. 4º da Lei de Introdução. Também caracteriza hipossuficiência a situação jurídica que impede o consumidor de obter a prova que se tornaria indispensável para responsabilizar o fornecedor pelo dano verificado (hipossuficiência técnica). Explica-se. Muitas vezes o consumidor não tem como demonstrar o nexo de causalidade para a fixação da responsabilidade do fornecedor, já que este é quem possui a integralidade das informações e o conhecimento técnico do produto ou serviço defeituoso".[17]

Desse modo, o conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões *pobre* ou *sem recursos*, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento, conforme reconhece a melhor doutrina e jurisprudência.[18] Pelos inúmeros julgados, vejamos decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que a questão é debatida para a devida inversão do ônus da prova:

> "Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Ocorrência de saques indevidos de numerário depositado em conta poupança. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Possibilidade. Hipossuficiência técnica reconhecida. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil, ou quando constatada a sua hipossuficiência. Na hipótese, reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório. Diante da necessidade de permitir ao recorrido a produção de eventuais provas capazes de ilidir a pretensão indenizatória do consumidor, deverão ser remetidos os autos à instância inicial, a fim de que oportunamente seja prolatada uma nova sentença. Recurso especial provido para determinar a inversão do ônus da prova na espécie" (STJ – REsp 915.599/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 21.08.2008 – *DJe* 05.09.2008).

Como antes se adiantou, decorrência direta da hipossuficiência é o direito à inversão do ônus da prova a favor do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, da Lei 8.0788/1990, que reconhece como um dos direitos básicos do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". A matéria é de grande interesse para a defesa individual e coletiva dos consumidores em juízo, assunto que será aprofundado no Capítulo 10 da presente obra.

De toda sorte, vale rever aquela ilustração anterior. No caso do empresário bem-sucedido que adquire um bem para consumo próprio, será ele consumidor, sendo, portanto, vulnerável. Todavia, o enquadramento ou não como hipossuficiente depende da análise das circunstâncias do caso concreto. Sendo ele desconhecedor do produto ou serviço que está adquirindo – o que, aliás, é a regra no mundo prático –, poderá ser considerado hipossuficiente.

Concluindo o presente ponto, pode-se dizer que a hipossuficiência do consumidor constitui um *plus*, um *algo a mais*, que traz a ele mais um benefício, qual seja a possibilidade de pleitear, no campo judicial, a inversão do ônus de provar, conforme estatui o art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990. Nesse ponto, cumpre repisar mais uma vez, diferencia-se da vulnerabilidade, conceito jurídico indeclinável que justifica toda a proteção constante do Código do Consumidor, em todos os seus aspectos e seus preceitos.

2.5. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA (ART. 4º, INC. III, DA LEI 8.078/1990)

Regramento vital do Código de Defesa do Consumidor, representando seu *coração*, é o princípio da boa-fé objetiva, constante da longa redação do seu art. 4º, inciso III. Enuncia tal comando que constitui um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo a "harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor

com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores". Nesse contexto, nas relações negociais consumeristas deve estar presente o *justo equilíbrio*, em uma correta harmonia entre as partes, em todos os momentos relacionados com a prestação e o fornecimento.

Dentro dessas ideias, é de grande importância a observação do conceito de boa-fé, principalmente pela evolução sistemática de sua construção. Não se pode esquecer que o conceito de boa-fé contratual que consta do atual Código Civil tem sua raiz na construção consumerista da Lei 8.078/1990. Justamente por isso, quando da *I Jornada de Direito Civil*, realizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2002, reconheceu-se a necessidade de relacionar a boa-fé objetiva prevista no Código Civil com a regra constante do art. 4º, III, do CDC, pelo teor do Enunciado 27: "na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos". Nota-se que o enunciado doutrinário reconhece a necessidade de diálogos entre as duas leis no que concerne a tal princípio, em uma feliz tentativa de *conexão legislativa*.

Como é notório, a boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano psicológico ou intencional (boa-fé subjetiva), para o plano concreto da atuação humana (boa-fé objetiva). Pelo conceito anterior de boa-fé subjetiva, relacionado com o elemento intrínseco do sujeito da relação negocial, a boa-fé estaria incluída nos limites da vontade da pessoa. Esse conceito de boa-fé subjetiva, relacionado somente com a intenção das partes, acaba deixando de lado a conduta, que nada mais é do que a própria concretização dessa vontade. E como se sabe, conforme o dito popular, *não basta ser bem intencionado, pois de pessoas bem intencionadas o inferno está cheio*.

Cumpre esclarecer que foi com o *jusnaturalismo*, e toda a influência católica e cristã, que a boa-fé ganhou sua nova faceta, relacionada com a conduta dos negociantes, sendo denominada *boa-fé objetiva*. Nessa fase, foi fundamental o pensamento de Hugo Grotius, que deu uma nova dimensão à boa-fé, ao atrelá-la à interpretação dos negócios jurídicos, particularmente no campo contratual.[19] No Direito Comparado, outros pensadores, como Pufendorf, procuraram trazer a boa-fé para o campo da conduta, relacionando-a com uma "regra histórica de comportamento".[20] Da subjetivação saltou-se para a objetivação, o que é consolidado pelas codificações privadas europeias.

Da atuação concreta das partes na relação contratual é que surge o conceito de *boa-fé objetiva*, que, nas palavras de Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, constitui uma *regra de conduta*.[21] Na mesma linha, conforme reconhece o Enunciado 26 da Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, a boa-fé objetiva vem a ser a exigência de um comportamento de lealdade dos participantes negociais, em todas as fases do negócio. A boa-fé objetiva tem relação direta com os *deveres anexos ou laterais de conduta*, que são deveres inerentes a qualquer negócio, sem a necessidade de previsão no instrumento. Entre eles merecem destaque o dever de cuidado, o dever de respeito, o dever de lealdade, o dever de probidade, o dever de informar, o dever de transparência, o dever de agir honestamente e com razoabilidade.[22]

Na órbita consumerista, os mesmos Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem lecionam que a boa-fé objetiva tem três funções básicas:

1ª) Servir como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os denominados deveres anexos, que serão por nós oportunamente estudados (*função criadora*).

2ª) Constituir uma causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos (*função limitadora*).

3ª) Ser utilizada como concreção e interpretação dos contratos (*função interpretadora*).[23]

Os mesmos juristas demonstram que "boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais".[24] Dessa forma, por esse princípio, exige-se no contrato de consumo o máximo de respeito e colaboração entre as partes, devendo aquele que atua com má-fé ser penalizado por uma interpretação *a contrario sensu*, ou por sanções que estão previstas na própria lei consumerista, como a decretação da nulidade do negócio ou a imputação da responsabilidade civil objetiva.

A boa-fé objetiva traz a ideia de equilíbrio negocial, que, na ótica do Direito do Consumidor, deve ser mantido em todos os momentos pelos quais passa o negócio jurídico. Sobre o tema, o argentino Carlos Gustavo Vallespinos ensina que "en este ámbito podemos señalar que la búsqueda del equilibrio negocial se manifiesta en la necesidad de un mayor intervencionismo estatal a la hora de ponderar todo el fenómeno negocial entre consumidores o usuarios y los proveedores profesionales, es decidir abarcativo desde la etapa previa al contrato, publicidad incluida, hasta el período poscontractual, pasando por lo atinente al contenido y ejecución del contrato".[25]

Verificadas tais conceituações, vejamos algumas regras que traduzem, na Lei 8.078/1990, a melhor expressão concreta do princípio em análise.

De início, o art. 9º do CDC valoriza a boa-fé objetiva, ao prever o dever do prestador ou fornecedor de informar o consumidor quanto ao perigo e à nocividade do produto ou serviço que coloca no mercado, visando à proteção da sua saúde e da sua segurança. A imputação de responsabilidade objetiva, prevista nos arts. 12, 14 e 18 do Código Consumerista, traz as consequências decorrentes do desrespeito a tal dever, havendo uma ampliação de responsabilidade, inclusive pela informação mal prestada. Em tais hipóteses, a boa-fé objetiva é determinante para apontar a responsabilidade pré-contratual, decorrente da má informação, da publicidade enganosa e abusiva.

Em relação aos meios de oferta, o Código Consumerista consagra normas de interessante conteúdo. Entre elas, o princípio da boa-fé objetiva faz-se sentir no seu art. 31, que estabelece a necessidade de informações precisas quanto à essência, quantidade e qualidade do produto ou do serviço; do mesmo modo, traz em seu bojo o regramento em questão, o que vem sendo observado na prática, com a imposição de sanções específicas em casos em que se percebe a má-fé na fase de oferta do produto ou do serviço. No Código de Direito do Consumidor, a valorização da boa-fé objetiva também pode ser visualizada pela proibição de publicidade simulada, abusiva e enganosa, conforme os seus arts. 36 e 37, respectivamente.

Partindo para outro aspecto, o art. 39 do Código Consumerista estabelece o conceito de abuso de direito como precursor da ilicitude do ato de consumo, em rol exemplificativo de situações, com a penalização civil de condutas cometidas pelos prestadores e fornecedores que não agem de acordo com a boa-fé esperada nas relações pessoais.

Por fim, na esfera contratual, o art. 48 do CDC regula especificamente as responsabilidades pré-contratual e pós-contratual do negócio de consumo, conceitos inerentes ao princípio da boa-fé

objetiva. De acordo com esse dispositivo, todas as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos decorrentes da relação de consumo vinculam o fornecedor ou prestador, ensejando inclusive a execução específica, prevista no art. 84 da Lei Consumerista.

Aqui fica muito bem evidenciada a exigência de uma conduta leal dos contratantes em todas as fases do negócio jurídico. Essa responsabilidade presente em todas as fases do negócio também pode ser observada no capítulo específico que trata da oferta, publicidade e propaganda (arts. 30 a 38 da Lei 8.078/1990). O tema ainda será aprofundado em capítulos específicos desta obra, com os correspondentes exemplos práticos. De toda sorte, não se pode esquecer que, em qualquer esfera negocial, a boa-fé objetiva tem incidência em todas as suas fases. Nesse sentido, os Enunciados 25 e 170, aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*, estabelecendo que o juiz deve aplicar e as partes devem respeitar a boa-fé objetiva nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

2.6. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA OU DA CONFIANÇA (ARTS. 4º, *CAPUT*, E 6º, INC. III, DA LEI 8.078/1990). A TUTELA DA INFORMAÇÃO

O mundo contemporâneo é caracterizado pela enorme velocidade e volume crescente de informações – elementos identificadores da melhor concepção da *mass consumption society* –, *armas de sedução* utilizadas pelos fornecedores e prestadores para atraírem os consumidores à aquisição de produtos e serviços.

Com o passar dos tempos, novas informações vão surgindo, o que não significa a sua distribuição igualitária entre as pessoas, eis que as informações ficam em poder somente de uma parcela de indivíduos. Nesse contexto, juristas observaram esse *déficit* de informação no Direito Privado, caso de Carlos Alberto Bittar, para quem o "alto poder de que desfruta a publicidade na sociedade atual em razão da expansão de seu mais importante veículo, a televisão (que impõe gostos, hábitos e costumes a todos), indistintamente, encontra no Código normas de equilíbrio necessárias e com medidas de defesa do consumidor suscetíveis de, em caso de violação, restaurar sua posição ou sancionar comportamentos lesivos".[26]

A informação, no âmbito jurídico, tem dupla face: o *dever de informar* e o *direito de ser informado*, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado, e o segundo, com o consumidor vulnerável. A propósito dessa visão ampliada, o doutrinador argentino Juan Manuel Aparicio comenta:

> "Esta exigencia referida a la información presupone un doble objetivo: que el consumidor esté en condiciones de prestar un consentimiento en forma reflexiva; que celebrado el contrato, adquirido el bien o contratado el servicio, el consumidor tenga el conocimiento necesario para el satisfactorio empleo y aprovechamiento de ellos; y, si existe algún peligro, reciba las instrucciones que le permitan prevenir el riesgo. El deber de información repercute sobre el entero desenvolvimiento del *iter contractual*, aunque tiene particular transcendencia y protagonismo en el momento que precede a la conclusión del negocio".[27]

Quanto ao texto da Lei Consumerista, estabelece o seu art. 6º, inc. III, que constitui direito básico dos consumidores "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem". A menção aos tributos foi introduzida pela Lei 12.741, de 8 de dezembro de 2012, que visa a dar maior transparência a respeito dos impostos pagos

pelos consumidores, o que deve ser informado de forma detalhada.

Em complemento, de acordo com o art. 1º da nova norma, "Emitidos por ocasião da venda ao consumidor de mercadorias e serviços, em todo território nacional, deverá constar, dos documentos fiscais ou equivalentes, a informação do valor aproximado correspondente à totalidade dos tributos federais, estaduais e municipais, cuja incidência influi na formação dos respectivos preços de venda. § 1º A apuração do valor dos tributos incidentes deverá ser feita em relação a cada mercadoria ou serviço, separadamente, inclusive nas hipóteses de regimes jurídicos tributários diferenciados dos respectivos fabricantes, varejistas e prestadores de serviços, quando couber. § 2º A informação de que trata este artigo poderá constar de painel afixado em local visível do estabelecimento, ou por qualquer outro meio eletrônico ou impresso, de forma a demonstrar o valor ou percentual, ambos aproximados, dos tributos incidentes sobre todas as mercadorias ou serviços postos à venda. § 3º Na hipótese do § 2º, as informações a serem prestadas serão elaboradas em termos de percentuais sobre o preço a ser pago, quando se tratar de tributo com alíquota *ad valorem*, ou em valores monetários (no caso de alíquota específica); no caso de se utilizar meio eletrônico, este deverá estar disponível ao consumidor no âmbito do estabelecimento comercial" (Lei 12.741/2012).

Na prática, como concluiu o Superior Tribunal de Justiça a respeito da proteção dos consumidores quanto à informação, em problema relativo ao serviço de telefonia, "A exposição de motivos do Código de Defesa do Consumidor, sob esse ângulo, esclarece a razão de ser do direito à informação no sentido de que: 'O acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer escolhas bem seguras conforme os desejos e necessidades de cada um' (Exposição de Motivos do Código de Defesa do Consumidor. Diário do Congresso Nacional, Seção II, 3 de maio de 1989, p. 1.663). (...). A informação ao consumidor, tem como escopo: 'i) consciencialização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito; ii) possibilitação de que sejam averiguados, de acordo com critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço; iii) criação e multiplicação de oportunidades para comparar os diversificados produtos; iv) conhecimento das posições jurídicas subjetivas próprias e alheias que se manifestam na contextualidade das séries infindáveis de situações de consumo; v) agilização e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora, ou decisória, de conflitos do mercado de consumo' (Alcides Tomasetti Junior. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação das declarações negociais para consumo, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, número especial, 1992, pp. 52-90). (...). Deveras, é forçoso concluir que o direto à informação tem como desígnio promover completo esclarecimento quanto à escolha plenamente consciente do consumidor, de maneira a equilibrar a relação de vulnerabilidade do consumidor, colocando-o em posição de segurança na negociação de consumo, acerca dos dados relevantes para que a compra do produto ou serviço ofertado seja feita de maneira consciente" (STJ – REsp 976.836/RS – Primeira Seção – Rel. Min. Luiz Fux – j. 25.08.2010 – *DJe* 05.10.2010).

No contexto de valorização da transparência e da confiança nas relações negociais privadas, o Código de Defesa do Consumidor estabelece um regime próprio em relação aos meios de se propagar a informação, tendente a assegurar que a comunicação do fornecedor e a do produto ou serviço se façam de acordo com regras preestabelecidas, adequadas a ditames éticos e jurídicos que regulam a matéria. Nesse ínterim, vejamos julgado do STJ, publicado no seu *Informativo 466*,

tratando do conteúdo de bebida alcoólica:

> "Consumidor. Direito à informação. A questão posta no REsp cinge-se em saber se, a despeito de existir regulamento classificando como 'sem álcool' cervejas que possuem teor alcoólico inferior a meio por cento em volume, seria dado à sociedade empresária recorrente comercializar seu produto, possuidor de 0,30g/100g e 0,37g/100g de álcool em sua composição, fazendo constar do seu rótulo a expressão 'sem álcool'. A Turma negou provimento ao recurso, consignando que, independentemente do fato de existir norma regulamentar que classifique como sendo 'sem álcool' bebidas cujo teor alcoólico seja inferior a 0,5% por volume, não se afigura plausível a pretensão da fornecedora de levar ao mercado cerveja rotulada com a expressão 'sem álcool', quando essa substância encontra-se presente no produto. Ao assim proceder, estaria ela induzindo o consumidor a erro e, eventualmente, levando-o ao uso de substância que acreditava inexistente na composição do produto e pode revelar-se potencialmente lesiva à sua saúde. Destarte, entendeu-se correto o tribunal *a quo*, ao decidir que a comercialização de cerveja com teor alcoólico, ainda que inferior a 0,5% em cada volume, com informação ao consumidor, no rótulo do produto, de que se trata de bebida sem álcool vulnera o disposto nos arts. 6º e 9º do CDC ante o risco à saúde de pessoas impedidas do consumo" (STJ – REsp 1.181.066/RS – Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina – j. 15.03.2011).

Ainda ilustrando, outra *decisio* do STJ, publicada no seu *Informativo 500*, concluiu pela nulidade da cláusula excludente de cobertura securitária, diante da falta de clareza de sua elaboração, afastando a compreensão pela pessoa natural comum, diante da utilização de termos técnicos jurídicos. A ementa foi assim publicada, para as devidas reflexões: "Contrato de seguro. Cláusula abusiva. Não observância do dever de informar. A Turma decidiu que, uma vez reconhecida a falha no dever geral de informação, direito básico do consumidor previsto no art. 6º, III, do CDC, é inválida cláusula securitária que exclui da cobertura de indenização o furto simples ocorrido no estabelecimento comercial contratante. A circunstância de o risco segurado ser limitado aos casos de furto qualificado (por arrombamento ou rompimento de obstáculo) exige, de plano, o conhecimento do aderente quanto às diferenças entre uma e outra espécie – qualificado e simples – conhecimento que, em razão da vulnerabilidade do consumidor, presumidamente ele não possui, ensejando, por isso, o vício no dever de informar. A condição exigida para cobertura do sinistro – ocorrência de furto qualificado –, por si só, apresenta conceituação específica da legislação penal, para cuja conceituação o próprio meio técnico-jurídico encontra dificuldades, o que denota sua abusividade" (STJ, REsp 1.293.006-SP – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 21.06.2012).

Ainda no que toca às concretizações do princípio em estudo, o mesmo Tribunal Superior deduziu, também no ano de 2012, que viola o direito à plena informação do consumidor a conduta da empresa que explora o serviço de transporte coletivo ao não informar na roleta do ônibus o saldo remanescente do vale-transporte eletrônico. Assim, "no caso, a operadora do sistema de vale-transporte deixou de informar o saldo do cartão para mostrar apenas um gráfico quando o usuário passava pela roleta. O saldo somente era exibido quando inferior a R$ 20,00. Caso o valor remanescente fosse superior, o portador deveria realizar a consulta na internet ou em 'validadores' localizados em lojas e supermercados. Nessa situação, a Min. Relatora entendeu que a operadora do sistema de vale-transporte deve possibilitar ao usuário a consulta ao crédito remanescente durante o transporte, sendo insuficiente a disponibilização do serviço apenas na internet ou em poucos guichês espalhados pela região metropolitana. A informação incompleta, representada por gráficos disponibilizados no momento de uso do cartão, não supre o dever de prestar plena informação ao consumidor" (STJ – REsp 1.099.634-RJ – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 08.05.2012 – publicado no seu *Informativo 497*).

No que concerne a tal tutela, de início, destaque-se a previsão de proteção contra publicidade

enganosa e abusiva, conforme art. 6º, inc. IV, da Lei 8.078/1990, inclusive pelo legado constitucional, por tratar o Texto Maior da regulamentação das informações que são levadas ao público e ao meio social. Nesse ínterim, o art. 220, § 3º, inc. II, da CF/1988 utiliza a expressão *propaganda*; o art. 22, inc. XXIX, e o § 4º do art. 220 tratam da *propaganda comercial*; o art. 5º, LX, disciplina a *publicidade dos atos processuais*. Por fim, o seu art. 5º, XIV, dispõe sobre o direito à informação como direito fundamental.

O amparo da informação transparente pode ser retirado especificamente do art. 4º, *caput*, do CDC, segundo o qual "A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo". A ideia central do dispositivo é de, como bem aponta Claudia Lima Marques, "possibilitar a aproximação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo".[28] Como se pode notar, a tutela da transparência e da confiança constitui um desdobramento da incidência da boa-fé objetiva nas relações consumeristas.

A concretizar tal proteção, repise-se que, entre os seus arts. 30 e 38, a Lei 8.078/1990 traz regulamentação própria quanto à matéria, relacionando regras aplicadas ao princípio da transparência ou da confiança. Como, muitas vezes, a intenção de formar um negócio tem sua base em uma publicidade, essas regras são muito importantes, inclusive porque denotam a responsabilidade pré-contratual prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, assunto a ser abordado oportunamente nesta obra. Entre todos os comandos, destaque-se de imediato o art. 30 do CDC, segundo o qual o meio de oferta vincula o conteúdo do contrato. Dessa forma, o produto ou serviço deverá estar na exata medida como previsto no meio de oferta, sob pena de o fornecedor ou prestador responder pelos vícios ou danos causados, devendo também, se for o caso, substituir o produto ou executar novamente o serviço. Eventualmente, repise-se, cabe ainda o cumprimento forçado do meio de oferta, por meio de tutela processual específica, nos termos dos arts. 35 e 84 da Lei Consumerista.

Partindo-se para a análise de alguns julgados que mencionam a tutela da transparência e da confiança, colaciona-se decisão do Tribunal Gaúcho, que fez incidir tal proteção em problema ocorrido no serviço de transporte para um importante jogo de futebol:

> "Apelação cível. Transporte. Pacote turístico. Ingresso para assistir ao embate futebolístico Grêmio *x* Boca Juniors. Privação. Relação de consumo. Dever de qualidade. Quebra da confiança. Reveses material e moral diagnosticados. 1. Tutela da confiança: o mercado de consumo reclama a observância continente e irrestrita ao dever de qualidade dos serviços e produtos nele comercializados, amparado no princípio da confiança, que baliza e norteia as relações de consumo. Inobservado este dever de qualidade e, via reflexa, a tutela da confiança – pedra angular para o desenvolvimento do mercado –, a Lei impõe gravames de ordem contratual e extracontratual ao infrator. 2. Reveses material e moral: diagnosticada a mácula no serviço ofertado pela ré – privação de comparecer à partida futebolística de notório relevo, envolvendo clubes de tradição indesmentível no certame –, rompe-se o laço de confiança que ata consumidor e fornecedor do produto, ensejando a indenização por revés moral. Dano material insofismável. Apelo desprovido" (TJRS – Acórdão 70029751328, Pelotas – Décima Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack – j. 28.05.2009 – *DOERS* 12.06.2009, p. 57).

Do mesmo modo, para ilustrar, vejamos decisão do Tribunal Paulista, na qual se concluiu que a

empresa de plano de saúde que presta informações obscuras a respeito do contrato celebrado fere o princípio da transparência:

> "Plano de saúde. Cláusula excludente da realização de cirurgias neurológicas, bem como da cobertura de colocação de próteses e órteses. Aplicação de prótese neurológica indispensável ao próprio ato cirúrgico, com a finalidade de evitar intervenção mais grave ao paciente e mais dispendiosa à operadora de plano de saúde. Obscuridade dos termos prótese e órtese ao consumidor, que ferem princípio da transparência da oferta. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/1998 aos contratos relacionais celebrados antes de sua vigência, especialmente naquilo que consagra os princípios maiores do equilíbrio contratual e boa-fé objetiva. Ausência de prova sobre a negativa de adaptação do contrato à Lei 9.656/1998. Abusividade da cláusula excludente. Ação parcialmente procedente. Recursos improvidos" (TJSP – Apelação cível 0000735-92.2010.8.26.0160 – Acórdão 4943464, Descalvado – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Francisco Loureiro – j. 10.02.2011 – *DJESP* 25.02.2011).

Por fim, quanto às ilustrações, a demonstrar a incidência do princípio em estudo, do Tribunal de Minas Gerais cite-se acórdão com grande interesse prático, segundo o qual os bancos devem detalhar aos consumidores, em prol da transparência, todas as transações que são feitas nas contas dos seus correntistas, dever esse que é desrespeitado muitas vezes:

> "Ação de prestação de contas. Explanação dos lançamentos em conta corrente. Direito do correntista. Interesse processual manifesto. Independentemente do fornecimento de extratos bancários destinados a simples conferência, o correntista possui interesse em propor a ação de prestação de contas se paira dúvida quanto à correção dos valores lançados na sua conta. Notadamente nos contratos em que há múltiplas e complexas operações de crédito e débito, a prestação de contas afigura-se essencial para o reconhecimento dos lançamentos que um dos contratantes faz à conta do outro. Ademais, em homenagem aos princípios da transparência e da informação consagrados no Código de Defesa do Consumidor, exsurge o dever da instituição bancária de esclarecer de forma pormenorizada a administração financeira do contrato" (TJMG – Apelação cível 0142839-61.2008.8.13.0024, Belo Horizonte – Décima Terceira Câmara Cível – Rel. Des. Cláudia Maia – j. 09.12.2010 – *DJEMG* 01.02.2011).

Concluindo, como se nota, pela lei protetiva há uma ampla proteção em matéria de informação, inclusive em consonância com o previsto no art. 5º, XIV, da CF/1988, pelos riscos decorrentes da exposição das pessoas a um grande número de dados informativos, próximo ao infinito. Vale citar as palavras de Ricardo Luis Lorenzetti, que discorre muito bem sobre a informação nos seguintes termos: "Assinalou-se que o direito à informação é um pressuposto da participação democrática livre, porque a democracia pode se frustrar diante da ausência de participação, e, para participar, deve-se estar informado. A concepção do Direito Privado como controle difuso do poder justifica esta afirmação. Com esta finalidade de estabelecer uma norma de delimitação do poder e de participação, tem-se advertido duas fases sobre a informação, o direito à informação importa no direito de informar a de ser informado".[29]

2.7. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor é prova evidente de que não se pode aceitar o contrato da maneira como antes era consagrado, regido pelo modelo estanque da autonomia da vontade e de sua consequente força obrigatória (*pacta sunt servanda*). A sociedade mudou, eis que vivemos sob o domínio do capital, e com isso deve-se modificar o modo de se ver e se analisar os pactos, sobretudo os contratos de consumo. Como já pronunciado em sede de recurso ao Superior

Tribunal de Justiça, o Código Consumerista representa forte mitigação dessa obrigatoriedade da convenção, mormente nas hipóteses em que o negócio jurídico celebrado encerra uma situação de injustiça (STJ – AgRg no REsp 767.771/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 05.09.2006 – *DJ* 20.11.2006, p. 325).

Em prol dessa relativização do *pacta sunt servanda*, o Código do Consumidor traz como princípio fundamental, embora implícito, a função social dos contratos, conceito básico para a própria concepção do negócio de consumo. O objetivo principal da função social dos contratos é tentar equilibrar uma situação que sempre foi díspar, em que o consumidor sempre foi vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin apontam que:

> "A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro deste modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em situação de relativo equilíbrio de poder e barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, 'dita as regras'. E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno. O mercado, por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nem mesmo para mitigá-la. Logo, imprescindível a intervenção do Estado nas suas três esferas: o Legislativo formulando as normas jurídicas de consumo; o Executivo, implementando-as; e o Judiciário, dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação".[30]

Como outrora foi destacado em outras obras, a função social dos contratos constitui um principio contratual de ordem pública – conforme consta do art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002 –, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, interpretado e visualizado de acordo com o contexto da sociedade.[31] Trata-se de um princípio expresso na codificação geral privada, ao enunciar o seu art. 421 que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos. O sentido do último comando é o de que a finalidade coletiva dos negócios representa clara limitação ao exercício da autonomia privada no campo contratual.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, a função social do contrato deve ser reconhecida como *princípio implícito*, como bem observam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, ao lecionarem que a revisão do contrato de consumo tem como fundamentos as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva, fundadas nas teorias da *base do negócio* (Larenz) e da *culpa in contrahendo* (Ihering).[32]

Do ponto de vista prático, a função social do contrato constitui um regramento que tem tanto uma *eficácia interna* (entre as partes contratantes) quanto uma *eficácia externa* (para além das partes contratantes). Essa *dupla eficácia do princípio* foi reconhecida quando das *Jornadas de Direito Civil*, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Como não poderia ser diferente, tais conclusões têm plena aplicação na órbita dos contratos de consumo. Ora, se os contratos civis estão submetidos a tais premissas, o que dizer, então, dos contratos de consumo? No último plano, a eficiência do princípio se justifica ainda mais, pois, como bem leciona Claudia Lima Marques, o CDC é uma *lei de função social*, que traz "como consequência modificações profundas nas relações juridicamente relevantes na sociedade, em especial quando esta lei, como o CDC, introduz um rol de direitos (...). No caso do CDC, esta lei de função social intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pela idade de autonomia da vontade".[33]

Sobre a *eficácia externa* do princípio, quando da *I Jornada de Direito Civil*, do ano de 2002, aprovou-se o Enunciado 21, estabelecendo-se que a função social do contrato representa uma exceção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, possibilitando a *tutela externa do crédito*, ou seja, a eficácia do contrato perante terceiros.[34] Como exemplo dessa aplicação, a jurisprudência do STJ vinha entendendo que a vítima de um acidente de trânsito poderia demandar diretamente a seguradora do culpado, mesmo não havendo uma relação contratual de fato entre eles. Vejamos um desses acórdãos:

> "Processual civil. Recurso especial. Prequestionamento. Acidente de trânsito. Culpa do segurado. Ação indenizatória. Terceiro prejudicado. Seguradora. Legitimidade passiva *ad causam*. Ônus da sucumbência. Sucumbência recíproca. Carece de prequestionamento o recurso especial acerca de tema não debatido no acórdão recorrido. A ação indenizatória de danos materiais, advindos do atropelamento e morte causados por segurado, pode ser ajuizada diretamente contra a seguradora, que tem responsabilidade por força da apólice securitária e não por ter agido com culpa no acidente. Os ônus da sucumbência devem ser proporcionalmente distribuídos entre as partes, no caso de sucumbência recíproca. Recurso provido na parte em que conhecido" (STJ – REsp 444.716/BA – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 11.05.2004 – *DJ* 31.05.2004, p. 300).

A decisão transcrita reconhece em seu bojo que a função social dos contratos está estribada no princípio da solidariedade social, retirado do art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988. Com isso, ampliam-se as responsabilidades, o que gera o dever de reparar por parte da seguradora, mesmo não tendo um contrato assinado e firmado formalmente com a vítima do acidente. De fato, esse entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça representava um grande avanço em matéria de ampliação dos efeitos contratuais.

Porém, infelizmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acabou por rever esse seu entendimento anterior, passando a concluir que a vítima não pode ingressar com ação apenas e diretamente contra a seguradora do culpado, mas somente contra ambos. Vejamos os principais trechos de uma das publicações constantes do *Informativo 490* daquela Corte: "Recurso repetitivo. Seguro de responsabilidade civil. Ajuizamento direto exclusivamente contra a seguradora. A Seção firmou o entendimento de que descabe ação do terceiro prejudicado ajuizada, direta e exclusivamente, em face da seguradora do apontado causador do dano, porque, no seguro de responsabilidade civil facultativo, a obrigação da seguradora de ressarcir os danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não poderá ser reconhecida em demanda na qual este não interveio, sob pena de vulneração do devido processo legal e da ampla defesa. Esse posicionamento fundamenta-se no fato de o seguro de responsabilidade civil facultativa ter por finalidade neutralizar a obrigação do segurado em indenizar danos causados a terceiros nos limites dos valores contratados, após a obrigatória verificação da responsabilidade civil do segurado no sinistro. Em outras palavras, a obrigação da seguradora está sujeita à condição suspensiva que não se implementa pelo simples fato de ter ocorrido o sinistro, mas somente pela verificação da eventual obrigação civil do segurado. Isso porque o seguro de responsabilidade civil facultativo não é espécie de estipulação a favor de terceiro alheio ao negócio, ou seja, quem sofre o prejuízo não é beneficiário do negócio, mas sim o causador do dano. Acrescente-se, ainda, que o ajuizamento direto exclusivamente contra a seguradora ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a ré não teria como defender-se dos fatos expostos na inicial, especialmente da descrição do sinistro. (...)" (STJ – REsp 962.230/RS – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 08.02.2012).

A conclusão revisada causa estranheza, eis que, presente a solidariedade, a vítima pode escolher contra quem demandar, nos termos da *opção de demanda* reconhecida pelo art. 275 do CC. Ademais, a nova posição acaba representando um retrocesso em relação ao entendimento anterior na perspectiva da função social do contrato e da solidariedade social que deve guiar todas as relações negociais. A demonstrar a discordância de parte da doutrina em relação a tal mudança de posição do STJ, na *VI Jornada de Direito Civil* (2013) aprovou-se o seguinte enunciado: "o seguro de responsabilidade civil facultativo garante dois interesses, o do segurado contra os efeitos patrimoniais da imputação de responsabilidade e o da vítima à indenização, ambos destinatários da garantia, com pretensão própria e independente contra a seguradora" (Enunciado n. 544). Como se nota, o tema ainda está aberto na realidade do Direito Privado Brasileiro.

A respeito da *eficácia interna da função social do contrato*, com aplicação entre as partes, está ela prevista no Enunciado 360, da *IV Jornada de Direito Civil*, proposto pelo autor desta obra. No âmbito da Lei 8.078/1990, tal irradiação pode ser retirada de vários dispositivos. De início, fica claro que o princípio da função social, em termos de sua eficácia entre as partes, é retirado da interpretação contratual mais benéfica ao consumidor, conforme regra do art. 47 do CDC.[35] Nota-se que um dos impactos do princípio em questão é justamente proteger a parte vulnerável da relação negocial, o que pode ser retirado da norma e de outras da Lei de Consumo.

Do mesmo modo sintonizado com o princípio da função social do contrato, não se pode afastar a relevância do art. 51 do CDC para a nova visualização dos pactos e avenças celebrados sob a sua égide. Ora, quando o Código Consumerista reconhece a possibilidade de uma cláusula considerada abusiva declarar a nulidade de um negócio, está totalmente antenado com a intervenção estatal nos contratos e com aquilo que se espera de um direito contemporâneo mais justo e equilibrado. Isso é reconhecido pela obra de Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, no sentido de que "O Código de Defesa do Consumidor inova consideravelmente o espírito do direito das obrigações, e relativo à máxima *pacta sunt servanda*. A nova lei vai reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, vai impor normas imperativas, que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato, garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual".[36] Na verdade, observa-se que a primeira tentativa relevante de trazer ao nosso sistema o princípio da função social dos contratos ocorreu com a promulgação da Lei 8.078/1990. Com o Código Civil de 2002, ocorreu uma ampliação do uso de tal regramento, inicialmente pelas previsões expressas que constam dos seus arts. 421 e 2.035, parágrafo único, bem como de outros dispositivos legais específicos.

Ato contínuo de estudo da eficácia interna do princípio, conforme antes exposto e com base na melhor doutrina, a função social dos contratos na órbita de consumo tem *relação simbiótica* com a manutenção do equilíbrio dos contratos, com a *equidade contratual* e com a plena possibilidade de revisão dos negócios. Como já pronunciado em sede jurisprudencial, "O juiz da equidade deve buscar a Justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento. Quando evidenciada a desvantagem do consumidor, ocasionada pelo desequilíbrio contratual gerado pelo abuso do poder econômico, restando, assim, ferido o princípio da equidade contratual, deve ele receber uma proteção compensatória. Uma disposição legal não pode ser utilizada para eximir de responsabilidade o contratante que age com notória má-fé em detrimento da coletividade, pois a ninguém é permitido valer-se da lei ou de exceção prevista em lei para obtenção de benefício

próprio quando este vier em prejuízo de outrem" (STJ – REsp 436.853/DF – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 04.05.2006 – *DJ* 27.11.2006, p. 273).

O Código de Defesa do Consumidor inseriu a regra de que mesmo uma simples onerosidade excessiva ao consumidor, decorrente de fato superveniente, poderá ensejar a chamada revisão contratual (art. 6º, inc. V). Nesse contexto, deve-se entender que o papel da função social do contrato está intimamente ligado ao ponto de equilíbrio que o negócio jurídico celebrado deve atingir e manter. Dessa forma, um contrato que traz uma onerosidade excessiva a uma das partes – considerada vulnerável – não está cumprindo o seu papel sociológico, necessitando de revisão pelo órgão judicante. O tema ainda será aprofundado no capítulo referente à proteção contratual, cabendo, no presente tópico, estabelecer apenas a conexão com o regramento em análise.

Por fim, é preciso conectar a eficácia interna da função social dos contratos com a *conservação dos negócios jurídicos*, encarando-se a extinção do negócio como a última medida, a *ultima ratio*. No campo doutrinário, tal relação foi reconhecida pelo Enunciado 22 do Conselho da Justiça Federal, aprovado *na I Jornada de Direito Civil*, *in verbis:* "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas". No mesmo sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery apontam a conservação do contrato e do negócio jurídico como um dos regramentos básicos da Lei 8.078/1990, eis que "sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas um máximo de utilidade".[37]

Como exemplo concreto dessa tendência de conservação, cite-se a teoria do adimplemento substancial (*substancial performance*), amplamente admitida pela doutrina e pela jurisprudência. Conforme o Enunciado 361, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*: "O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475". São autores do enunciado os juristas Jones Figueirêdo Alves e Eduardo Bussatta, que têm trabalhos de referência sobre o instituto.[38]

Pela *teoria do adimplemento substancial*, em hipóteses em que a obrigação tiver sido quase toda cumprida, sendo a mora insignificante, não caberá a extinção do negócio, mas apenas outros efeitos jurídicos, visando sempre à manutenção da avença. A jurisprudência superior tem aplicado a teoria em casos de mora de pouca relevância em contratos de financiamento:

> "Agravo regimental. Venda com reserva de domínio. Busca e apreensão. Indeferimento. Adimplemento substancial do contrato. Comprovação. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. 1. Tendo o *decisum* do Tribunal de origem reconhecido o não cabimento da busca e apreensão em razão do adimplemento substancial do contrato, a apreciação da controvérsia importa em reexame do conjunto probatório dos autos, razão por que não pode ser conhecida em sede de recurso especial, *ut* Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido" (STJ – Ag. Rg. 607.406/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 09.11.2004 – *DJ* 29.11.2004, p. 346).

> "Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido" (STJ – REsp 469.577/SC – Quarta Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 25.03.2003 – *DJ* 05.05.2003, p. 310 – *RNDJ* 43/122).

Nos dois casos, tanto na venda com reserva de domínio quanto na alienação fiduciária em

garantia (discute-se se é contrato ou direito real), foi afastada a busca e apreensão da coisa com a consequente resolução do contrato, pois a parte havia cumprido o negócio jurídico substancialmente. Quanto a esse cumprimento relevante, deve ser analisado casuisticamente, tendo em vista a finalidade econômico-social do contrato e da obrigação.

Em suma, por todo o exposto, o contrato deve ser, regra geral, mantido e conservado, sendo admitida a sua resolução ou revisão somente quando estiver presente uma situação desfavorável ao consumidor, com repercussões no mundo fático, de modo a tornar insuportável a manutenção do seu relacionamento negocial. Tem-se, na espécie, um princípio diferente do princípio da força obrigatória do contrato previsto no Direito Civil clássico (*pacta sunt servanda*), mas a regra continua sendo de manutenção da autonomia privada exposta pela partes no momento da celebração da avença. De toda sorte, a manutenção do negócio, com sua concreta correção ou revisão, acaba representando uma espécie de punição para a parte que impôs o desequilíbrio ou a situação de injustiça ao consumidor.

O sentido da conservação contratual pode ser retirado do art. 51, § 2º, da Lei 8.078/1990, que estabelece a vedação de nulidade automática de todo o negócio, pela presença de uma cláusula abusiva. Enuncia tal comando que "a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer um ônus excessivo a qualquer das partes". Para a manutenção do negócio, deve-se buscar formas de integração, decretando-se a nulidade da cláusula desproporcional, mas mantendo-se todo o resto do negócio jurídico. Trata-se de aplicação, na ótica consumerista, da antiga máxima segundo a qual a parte inútil do negócio não prejudica, em regra, a sua parte útil (*utile per inutile non vitiatur*).

Encerrando o presente tópico, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor valoriza sobremaneira, naquilo que for possível, a vontade anteriormente manifestada, visando a sua manutenção diante de uma confiança depositada, o que liga o princípio da conservação contratual à boa-fé objetiva. Como o intuito é o aproveitamento do negócio jurídico, diante da sua importância para a sociedade, a conservação também possui um traço que a relaciona com o princípio da função social dos contratos, o que parece ser a melhor opção principiológica.

2.8. PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA NEGOCIAL (ART. 6º, INC. II, DA LEI 8.078/1990)

Pelo princípio da equivalência negocial, é garantida a igualdade de condições no momento da contratação ou de aperfeiçoamento da relação jurídica patrimonial. De acordo com a norma do inciso II, art. 6º, do CDC, fica estabelecido o compromisso de tratamento igual a todos os consumidores, consagrada a igualdade nas contratações. A respeito dessa equivalência, mais uma vez são oportunas as lições de Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem:

> "Com o advento do CDC, o contrato passa a ter seu equilíbrio, conteúdo ou equidade mais controlados, valorizando-se o seu sinalagma. Segundo Gernhuber, sinalagma é um elemento imanente estrutural dos contratos, é a dependência genética, condicionada e funcional de pelo menos duas prestações correspectivas, é o nexo final que, oriundo da vontade das partes, é moldado pela lei (Gernhuber, p. 52). Sinalagma não significa apenas bilateralidade, como muitos acreditam, influenciados pelo art. 1.102 do Code Civil francês, mas sim contrato, convenção, é um modelo de organização (Organisationmodell) das relações privadas (etimologicamente, a palavra grega significa contrato ou convenção e só no direito romano, e em sua interpretação na Idade Média, passou a ser considerada sinônimo de bilateralidade perfeita nos contratos). O papel preponderante da lei sobre a

vontade das partes, a impor uma maior boa-fé nas relações de mercado, conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente este sinalagma e, por consequência, o equilíbrio contratual".[39]

A par dessa tentativa de igualdade, fundamentada na isonomia constitucional, no máximo, o que se pode aceitar são privilégios aos consumidores que necessitem de proteção especial, tidos como *hipervulneráveis*, caso de idosos, portadores de deficiências, crianças e adolescentes, que merecem proteção por duplo ou triplo motivo.[40]

No contexto de equivalência, o Código de Defesa do Consumidor veda que os destinatários finais sejam expostos a práticas desproporcionais, o que pode ser sentido pela inteligência dos arts. 39 e 51, que afastam, respectivamente, determinadas cláusulas e práticas abusivas, geradoras de nulidade absoluta e de responsabilidade civil, dependendo do caso concreto.

Além disso, o art. 8º da Lei Consumerista estabelece a vedação de produtos e serviços que acarretem riscos à saúde dos consumidores, sem exceção, o que também vai ao encontro à tentativa de igualdade de tratamento. Em tais situações, no caso de danos, todos terão direito à reparação integral, patrimonial, moral e estética, aplicando-se a teoria própria de responsabilidade civil, prevista pela Lei 8.078/1990.

Ademais, pelo princípio da equivalência negocial, assegura-se ao consumidor o direito de conhecer o produto ou o serviço que está adquirindo, de acordo com a ideia de plena liberdade de escolha e do dever anexo de informar. É oportuno, nesse sentido, citar o Decreto 4.680, de abril de 2003, que regulamenta o direito à informação, prevendo o seu art. 1º o dever dos fornecedores de informar quanto aos "alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis". De acordo com essa estrutura proporcional, a lei proíbe qualquer tipo de discriminação no momento de contratar, sob o pretexto constitucional de que todos são iguais perante a lei, existindo também o dever de o prestador ou fornecedor informar todos sobre os riscos inerentes à prestação ou ao fornecimento.

Essa é a lógica e o sentido do que consta no art. 9º da Lei 8.078/1990, ao consagrar o dever de informar quanto aos produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde e segurança. Tal comando legal mantém relação íntima com a segunda geração de direitos, relacionada com o princípio da igualdade *lato sensu*, ou isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/1988. Na prática, tem-se exigido tal conduta por parte dos fornecedores e prestadores, chegando-se a impor graves consequências, inclusive penais, no caso do seu descumprimento.

Por tudo isso, percebe-se um contato direto entre o princípio da equivalência negocial e a boa-fé objetiva, havendo uma exigência de condutas de lealdade por parte dos profissionais da relação de consumo, que deverão, de maneira igualitária, fornecer condições iguais nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual do negócio jurídico.

A encerrar este tópico, tendo a coletividade como objeto de tratamento legal, o art. 10 do Código Consumerista veda ao fornecedor a conduta de colocar no mercado produto ou serviço que apresente alto grau de nocividade à saúde e à segurança de todos, o que, de igual modo, é expressão correta do princípio da equivalência. Nesse caso, há o dever geral de vigilância e informação, que atinge inclusive a fase pós-contratual, momento posterior ao do aperfeiçoamento do contrato. Para as situações em que houver danos coletivos, os arts. 81 e 82 do Código Consumerista trazem a

possibilidade de defesa de interesses e direitos individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos, o que é grande repercussão do princípio ora comentado, haja vista somente ser possível a proteção coletiva nos casos de equivalência entre os prejudicados.

2.9. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS (ART. 6º, INC. VI, DA LEI 8.078/1990). OS DANOS REPARÁVEIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

No que concerne à responsabilidade civil na ótica consumerista – tema que merecerá abordagem em capítulo próprio –, o regramento fundamental é a reparação integral dos danos, que assegura aos consumidores as efetivas prevenção e reparação de todos os danos suportados, sejam eles materiais ou morais, individuais, coletivos ou difusos.

Em um primeiro momento, se existirem danos materiais no caso concreto, nas modalidades de danos emergentes – o que efetivamente se perdeu –, ou lucros cessantes – o que razoavelmente se deixou de lucrar –, o consumidor terá direito à reparação integral, sendo vedado qualquer tipo de tarifação ou tabelamento, previsto por lei, entendimento jurisprudencial ou convenção internacional. Nessa linha, conforme o Enunciado n. 550 CJF/STJ, aprovado na *VI Jornada de Direito Civil*, em 2013, "a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos". Obviamente, tal linha de pensar tem plena incidência para as relações jurídicas de consumo.

De uma mesma situação danosa terá o consumidor direito à reparação por danos morais, aqueles que atingem seus direitos da personalidade. Não se pode esquecer que a Súmula 37 do STJ admite a cumulação, em uma mesma ação, de pedido de reparação de danos materiais e morais, decorrentes do mesmo fato, o que tem plena aplicação às relações de consumo.

Ato contínuo, deve-se atentar para o fato de que, para a jurisprudência superior, o dano estético constitui uma terceira modalidade de dano, separável do dano moral, cabendo do mesmo modo indenização por tais prejuízos. Estabelece a Súmula 387 do STJ que é perfeitamente possível a cumulação de danos estéticos e danos morais. O entendimento parece ser o mais correto, em prol da tendência de ampliação de novas categorias de danos. Em reforço, no dano estético há uma lesão a mais à personalidade, à dignidade humana. Como exemplo da presença de dano estético em relação de consumo, cite-se a hipótese de erro médico em cirurgia plástica estética, subsumindo-se plenamente ao Código do Consumidor (nesse sentido: STJ – REsp 236.708/MG – Quarta Turma – Rel. Des. Conv. Carlos Fernando Mathias – j. 10.02.2009 – *DJe* 18.05.2009).

Além dos danos individuais, representando notável avanço, o Código de Defesa do Consumidor admite expressamente no seu art. 6º, inc. VI, a reparação de danos morais coletivos e dos danos difusos, categorias que merecem ser aqui diferenciadas para aprofundamentos posteriores. Anote-se que a conclusão a respeito da reparação desses danos é a mesma no âmbito civil, conforme se depreende do Enunciado n. 456, da *V Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, evento de 2011: "A expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas".

O dano moral coletivo é modalidade de dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da

personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (*danos morais somados ou acrescidos*). Deve-se compreender que os danos morais coletivos atingem direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis. Por isso, a indenização deve ser destinada para elas, as vítimas concretas do evento. Serve como inspiração para tal dedução o art. 81 do CDC. Pela norma, os interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum, sendo possível identificar os direitos dos prejudicados. Já os interesses ou direitos coletivos em sentido estrito são os transindividuais e indivisíveis, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Em sede de jurisprudência superior – apesar de algumas resistências –, o principal julgado que admitiu a reparação dos danos morais coletivos foi prolatado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no famoso caso das *pílulas de farinha*. O Tribunal entendeu por bem indenizar as mulheres que tomaram as citadas pílulas e vieram a engravidar, o que não estava planejado. A indenização foi em face da empresa *Schering do Brasil*, que fornecia a pílula anticoncepcional *Microvlar*, presente na decisão uma apurada análise da extensão do dano em relação às consumidoras. A longa ementa da decisão merece ser aqui transcrita, para as devidas reflexões:

> "Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos. Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos. Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese. A ação civil pública demanda atividade probatória congruente com a discussão que ela veicula; na presente hipótese, analisou-se a colocação ou não das consumidoras em risco e responsabilidade decorrente do desrespeito ao dever de informação. Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJSP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores. Em nada socorre a empresa, assim, a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. O panorama fático adotado pelo acórdão recorrido mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo. A responsabilidade da fornecedora não está condicionada à introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor. Tal ideia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que a fornecedora deve ser obrigada a manter. Na hipótese, o objeto da lide é delimitar a responsabilidade da empresa quanto à falta de cuidados eficazes para garantir que, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, tal produto fosse afastado das consumidoras. A alegada culpa exclusiva dos farmacêuticos na comercialização dos placebos parte de premissa fática que é inadmissível e que, de qualquer modo, não teria o alcance desejado no sentido de excluir totalmente a responsabilidade do fornecedor. A empresa fornecedora descumpre o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face de juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema. Ocorreu, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses das consumidoras e interesses da fornecedora: esta alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que as consumidoras sejam lesionadas na hipótese de existir uma pretensa dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito

agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco. O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 866.636/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 29.11.2007 – *DJ* 06.12.2007, p. 312).

Três são as conclusões do julgado que merecem ser destacadas. A primeira é a de que o PROCON, como entidade de defesa dos consumidores, tem legitimidade para defesa de direitos individuais homogêneos com clara repercussão social. A segunda, que mais nos interessa, é no sentido de que os danos morais podem ser coletivos e não só individuais, o que é claro pela simples leitura do art. 6º, inc. VI, da Lei 8.078/1990. A terceira conclusão é a de que as mulheres que engravidaram sofreram lesões à personalidade diante de uma situação não esperada ou não planejada. Assim, obviamente, não é o nascimento do filho que causa o dano moral, mas sim a frustração de uma opção pessoal. Perfeitas são todas as conclusões desse exemplar acórdão, que merece o devido estudo por todos os operadores do Direito.

A respeito do dano difuso, pode ele ser visualizado como um dano social. Para Antonio Junqueira de Azevedo, os danos sociais "são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida".[41] Na esteira dos ensinamentos do jurista, constata-se que tais prejuízos podem gerar repercussões materiais ou morais, o que os diferencia dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais. Os danos sociais decorrem de *condutas socialmente reprováveis ou comportamentos exemplares negativos* , como quer o próprio Junqueira de Azevedo.[42]

Pois bem, os danos sociais são difusos, pois envolvem situações em que as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis, nos termos do art. 81, parágrafo único, inc. I, do CDC, segundo o qual são interesses ou direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Como não é possível determinar quais são as vítimas, a indenização deve ser destinada para um fundo de proteção – de acordo com os direitos atingidos –, ou mesmo para uma instituição de caridade, a critério do juiz.

Nessa linha, há decisão importante, do sempre pioneiro Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecendo a reparação dos danos difusos e sociais. O caso envolve a fraude de um sistema de loterias (caso *Toto Bola*), o que gerou danos à sociedade. Fixada a indenização, os valores foram revertidos a favor do fundo gaúcho de proteção dos consumidores. Vejamos, mais uma vez, a ementa do julgado:

"Toto Bola. Sistema de loterias de chances múltiplas. Fraude que retirava ao consumidor a chance de vencer. Ação de reparação de danos materiais e morais. Danos materiais limitados ao valor das cartelas comprovadamente adquiridas. Danos morais puros não caracterizados. Possibilidade, porém, de excepcional aplicação da função punitiva da responsabilidade civil. Na presença de danos mais propriamente sociais do que individuais, recomenda-se o recolhimento dos valores da condenação ao fundo de defesa de interesses difusos. Recurso parcialmente provido. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame,

vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. 'O Direito deve ser mais esperto do que o torto', frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa-fé. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de *overcompensation*. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/1985, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. Recurso parcialmente provido" (TJRS – Recurso Cível 71001281054 – Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 12.07.2007).

No ano de 2013 surgiu outro acórdão sobre o tema, que merece especial destaque, por sua indiscutível amplitude perante toda a coletividade. O julgado, da Quarta Câmara de Direito Privado Tribunal de Justiça de São Paulo, condenou a empresa AMIL a pagar uma indenização de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de danos sociais, valor que deve ser destinado ao Hospital das Clínicas de São Paulo. A condenação se deu diante de reiteradas negativas de coberturas médicas, notoriamente praticadas por essa operadora de planos de saúde. Vejamos sua ementa:

"Plano de saúde. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. Dano moral. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, consequentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. Dano social. Contratos de seguro-saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. Litigância de má-fé. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte" (TJSP, Apelação 0027158-41.2010.8.26.0564 – 4.ª Câmara de Direito Privado – São Bernardo do Campo – Rel. Des. Teixeira Leite – j. 18.07.2013).

Frise-se que o aresto reconhece o dano moral individual suportado pela vítima, indenizando-a em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em cumulação com o relevante valor mencionado, a título de danos sociais. Quanto ao último montante, consta do voto vencedor, com maestria, "que uma acentuada importância em dinheiro pode soar como alta a uma primeira vista, mas, isso logo se dissipa em se comparada ao lucro exagerado que a seguradora obtém negando coberturas e obrigando que seus contratados, enquanto pacientes, a buscar na Justiça o que o próprio contrato lhes garante. Aliás, não só se ganha ao regatear e impor recusas absurdas, como ainda agrava o sistema de saúde pública, obrigando a busca de alternativas nos hospitais não conveniados e que cumprem missão humanitária, fazendo com que se desdobrem e gastem mais para curar doentes que possuem planos de assistência médica. Portanto, toda essa comparação permite, e autoriza, nessa demanda de um segurado, impor uma indenização punitiva de cunho social que será revertida a uma das instituições de saúde mais atuantes, o que, quem sabe, irá servir para despertar a noção de cidadania da seguradora". O presente autor tem a honra de ter sido citado no julgamento, fundamentando grande parte das suas deduções jurídicas.

O valor da indenização social foi fixado de ofício pelos julgadores, o que pode ocorrer em casos tais, por ser a matéria de ordem pública. Como fundamento legal para tanto, por se tratar de questão

atinente a direitos dos consumidores, cite-se o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe ser a Lei 8.078/1990 norma de ordem pública e interesse social. Sendo assim, toda a proteção constante da Lei Consumerista pode ser reconhecida de ofício pelo julgador, inclusive o seu art. 6º, inc. VI, que trata dos danos morais coletivos e dos danos sociais ou difusos, consagrando o princípio da reparação integral dos danos na ótica consumerista.

Por oportuno, anote-se que, quando da *VI Jornada de Direito Civil*, realizada em 2013, foi feita proposta de enunciado doutrinário com o seguinte teor: "É legítimo ao juiz reconhecer a existência de interesse coletivo amplo em ação individual, condenando o réu a pagar, a título de dano moral e em benefício coletivo, valor de desestímulo correspondente à prática lesiva reiterada de que foi vítima o autor da ação". A proposta, formulada por Adalberto Pasqualotto, não foi aprovada por uma pequena margem de votos, infelizmente.

Apesar dessa não aprovação, acredita-se que o seu teor pode ser perfeitamente aplicável na atualidade, sendo o tema dos danos sociais uma das atuais vertentes de avanço da matéria de responsabilidade civil. Em complemento, ressalte-se que há proposta de inclusão de norma no sentido de se admitir expressamente toda a proteção consumerista de ofício pelo juiz, conforme o Projeto de Lei 281/2012. Nesse contexto, o art. 5º do CDC ganharia mais um inciso, estabelecendo como novo instrumento da Política Nacional das Relações de Consumo, "o conhecimento de ofício pelo Poder Judiciário, no âmbito do processo em curso e assegurado o contraditório, de violação a normas de defesa do consumidor".

Por tudo o que foi exposto, com intuito didático, é possível elaborar a seguinte tabela comparativa entre as últimas categorias demonstradas:

Danos morais coletivos	**Danos sociais ou difusos**
Atingem vários direitos da personalidade.	Causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade (Junqueira).
Direitos individuais homogêneos ou coletivos em sentido estrito – vítimas determinadas ou determináveis.	Direitos difusos – vítimas indeterminadas. Toda a sociedade é vítima da conduta.
Indenização é destinada para as próprias vítimas.	Indenização para um fundo de proteção ou instituição de caridade.

Sem prejuízo dos danos materiais, estéticos, morais individuas, morais coletivos e difusos, tem se sustentado, na esfera das relações de consumo, a reparação do dano por *perda de uma chance*, categoria amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Entre os estudiosos, destacam-se os trabalhos dos jovens juristas Sérgio Savi,[43] Rafael Peteffi da Silva[44] e Daniel Carnaúba.[45]

A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. A partir dessa ideia, como expõem os juristas citados, essa chance deve ser séria e real. Buscando critérios objetivos para a aplicação da teoria, Sérgio Savi leciona que a perda da chance estará caracterizada quando a probabilidade da oportunidade for superior a 50% (cinquenta por cento).[46] Na *V Jornada de Direito Civil*, evento realizado pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2011, foi aprovado enunciado doutrinário apresentando a ideia de chance séria e real, mas rejeitando a utilização de percentuais. Vejamos o Enunciado n. 444,

proposto por Rafael Peteffi: "A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos".

A ilustrar a prática, na ótima consumerista, o Tribunal do Rio Grande do Sul responsabilizou um hospital por morte de recém-nascido, havendo a *perda de chance de viver* (TJRS – Processo 70013036678, Caxias do Sul – Décima Câmara Cível – Juiz Rel. Luiz Ary Vessini de Lima – j. 22.12.2005). Fala-se ainda em *perda de chance de cura* do paciente, pelo emprego de uma técnica malsucedida pelo profissional da área de saúde.[47] Do Tribunal Paranaense, encerando exemplo da última hipótese:

> "Responsabilidade civil. Hospital. Paciente internado em estado grave, vítima de acidente vascular cerebral, cujo quadro exigia intervenção cirúrgica imediata. Não realização do procedimento por questões financeiras. culpa caracterizada. Responsabilidade objetiva. Falha na prestação dos serviços. Indenização devida. Pensão mensal. Danos morais. Fixação equitativa. Culpa da empregadora não demonstrada. Improcedência do pedido em face dela. Recurso parcialmente provido. 1. Patenteada está a conduta culposa do requerido, ensejadora do dever de indenizar, pois, inobstante a indicação imediata de cirurgia, em paciente que se encontrava internado em suas dependências, vítima de acidente vascular cerebral, deixa de realizá-la, motivado, exclusivamente, pela impossibilidade econômica da família em custeá-la, sequer oferecendo-lhe a opção de fazê-la de forma gratuita, pela beneficência. 2. Se não está em discussão a conduta desempenhada pelo médico, no exercício de seu mister, mas sim a intervenção direta do hospital nos serviços prestados ao paciente, que não o foram a contento, caracterizado está o defeito na prestação dos serviços pelo hospital, incidindo, na espécie, a responsabilidade objetiva, *ex vi* do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. 3. Se o ato ilícito subtraiu da vítima a possibilidade de reverter a gravidade do quadro que se instalara e, com isso, a probabilidade de salvaguarda de sua vida, ainda que com eventuais sequelas, perfeitamente cabível a aplicação da teoria da perda da chance, para se acolher o pleito indenizatório em razão do óbito. 4. Devida é a pensão mensal à esposa, pela morte de seu marido, a vigorar desde o evento, até quando completaria 70 (setenta) anos de idade, no importe de 2/3 do último rendimento percebido à época, anotado em sua CTPS, com constituição de capital que assegure o cabal cumprimento da obrigação. 5. A fixação do montante devido a título de dano moral fica ao prudente arbítrio do julgador, devendo pesar, nestas circunstâncias, a gravidade e duração da lesão, a possibilidade de quem deve reparar o dano e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie" (TJPR – Apelação Cível 0604589-4, Londrina – Décima Câmara Cível – Rel. Juiz Convocado Vitor Roberto Silva – *DJPR* 25.03.2010, p. 204).

Em outro campo, o Tribunal Gaúcho responsabilizou um curso preparatório para concursos públicos que assumiu o compromisso de transportar o aluno até o local da prova. Porém, houve atraso no transporte, o que gerou a *perda da chance de disputa em concurso público*, exsurgindo o dever de indenizar (TJRS – Processo 71000889238, Cruz Alta – Segunda Turma Recursal Cível – Juiz Rel. Clovis Moacyr Mattana Ramos – j. 07.06.2006).

Do ano de 2012, colaciona-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça que condenou rede de supermercados pela frustração de consumidora em receber um prêmio de uma promoção publicitária (*Informativo n*. 495 do STJ):

> "Danos materiais. Promoção publicitária de supermercado. Sorteio de casa. Teoria da perda de uma chance. A Turma, ao acolher os embargos de declaração com efeitos modificativos, deu provimento ao agravo e, de logo, julgou parcialmente provido o recurso especial para condenar o recorrido (supermercado) ao pagamento de danos materiais à recorrente (consumidora), em razão da perda de uma chance, uma vez que não lhe foi oportunizada a participação em um segundo sorteio de uma promoção publicitária veiculada pelo estabelecimento comercial no qual concorreria ao recebimento de uma casa. Na espécie, a promoção publicitária do supermercado oferecia aos concorrentes novecentos vales-compras de R$ 100,00 e trinta casas. A recorrente foi sorteada e, ao buscar seu prêmio – o vale-compra –, teve conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam

sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os novecentos vales-compras. Ocorre que o segundo sorteio já tinha sido realizado sem a sua participação, tendo sido as trinta casas sorteadas entre os demais participantes. De início, afastou a Min. Relatora a reparação por dano moral sob o entendimento de que não houve publicidade enganosa. Segundo afirmou, estava claro no bilhete do sorteio que seriam sorteados 930 ganhadores – novecentos receberiam vales-compra no valor de R$ 100,00 e outros trinta, casas na importância de R$ 40.000,00, a ser depositado em caderneta de poupança. Por sua vez, reputou devido o ressarcimento pelo dano material, caracterizado pela perda da chance da recorrente de concorrer entre os novecentos participantes a uma das trinta casas em disputa. O acórdão reconheceu o fato incontroverso de que a recorrente não foi comunicada pelos promotores do evento e sequer recebeu o bilhete para participar do segundo sorteio, portanto ficou impedida de concorrer, efetivamente, a uma das trinta casas. Conclui-se, assim, que a reparação deste dano material deve corresponder ao pagamento do valor de 1/30 do prêmio, ou seja, 1/30 de R$ 40.000,00, corrigidos à época do segundo sorteio" (STJ – EDcl no AgRg no Ag 1.196.957/DF – Rel. Min. Maria Isabel Gallotti – j. 10.04.2012).

Apesar de não envolver, *a priori*, uma relação de consumo, cumpre destacar o acórdão mais comentado a respeito do tema, qual seja, aquele pronunciado pelo STJ em conhecido julgado envolvendo o programa *Show do Milhão*, do SBT. Uma participante do programa, originária do Estado da Bahia, chegou à última pergunta, a "pergunta do milhão", que, se respondida corretamente, geraria o prêmio de um milhão de reais. A pergunta então formulada foi a seguinte: "A Constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território brasileiro? 1) 22%; 2) 2%; 3) 4% ou 4) 10%".

A participante não soube responder à pergunta, levando R$ 500 mil para casa. Mas, na verdade, a Constituição Federal não consagra tal reserva, tendo a participante constatado que a pergunta formulada estava totalmente errada. Foi então a juízo requerendo os outros R$ 500 mil, tendo obtido êxito em primeira e segunda instância, ação que teve curso no Tribunal de Justiça da Bahia. O STJ confirmou em parte as decisões anteriores, reduzindo o valor para R$ 125 mil, ou seja, os R$ 500 mil divididos pelas quatro assertivas, sendo essa a sua real chance de acerto (STJ – REsp 788.459/BA – Quarta Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 08.11.2005 – *DJ* 13.03.2006, p. 334).

Com o devido respeito, este autor vê com ressalvas o enquadramento da perda de uma chance como nova categoria de dano. Isso porque tais danos são, na grande maioria das situações, prejuízos hipotéticos ou eventuais, sendo certo que o sistema de responsabilidade civil brasileiro exige o dano presente e efetivo, o que pode ser retirado dos arts. 403 e 186 do Código Civil. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o *se*. Além disso, as situações descritas pelos adeptos da teoria podem ser resolvidas em sede de danos materiais e morais, sem que a vítima tenha necessidade de provar que a chance é séria e real, o que é fundado em mera probabilidade. Ressalte-se, todavia, que o presente autor está acompanhando as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais e, no futuro, pode ser que esse parecer seja alterado...

Não obstante tal entrave, na prática brasileira tem-se percebido pedidos totalmente descabidos de indenização com base na festejada teoria. A título de exemplo, colaciona-se a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível 512.944.4/0-00, julgada em 4 de setembro de 2008 pela 4ª Câmara de Direito Privado, e que teve como relator o Des. Francisco Loureiro. Na demanda, um consumidor pleiteava indenização da Coca-Cola por não ter conseguido participar de promoção que poderia levá-lo para a Copa do Mundo da Alemanha. Pleiteava danos morais por perda de uma chance. O Tribunal, por unanimidade, concluiu pela não incidência da teoria, pois as chances eram remotas. Além disso, afastou a reparação imaterial, pela ausência de lesão à personalidade. A ementa, com precisão, foi assim elaborada: "Responsabilidade civil. Danos morais. Consumidor que não conseguiu inserir os códigos exigidos pela promoção após efetuar seu cadastro no *site* indicado.

Alegação de dano moral indenizável em razão da perda da chance de concorrer à viagem para a Alemanha e assistir à Copa do Mundo. Inexistência de danos morais, por ausência de violação a direitos da personalidade ou de sofrimento apreciável. Impossibilidade de se indenizar danos hipotéticos ou eventuais, se não mensurável economicamente a chance perdida. Ação improcedente. Recurso improvido". Ora, demandas como a exposta, fundadas em pedidos descabidos, devem ser rejeitadas de plano pelo Poder Judiciário, pois revelam intenções mesquinhas e egoísticas.

Superada a análise dos danos reparáveis na órbita das relações de consumo, o princípio da reparação integral de danos gera a responsabilidade objetiva de fornecedores e prestadores como regra das relações de consumo. Consigne-se que essa responsabilidade independentemente de culpa visa à facilitação das demandas em prol dos consumidores, representando um *aspecto material do acesso à justiça*. A responsabilidade objetiva dos fornecedores ou prestadores beneficia tanto o *consumidor padrão* (*stander*) quanto o *consumidor equiparado* (*bystander*). Em um sentido de ampliação, o art. 17 da Lei 8.078/1990 considera consumidor qualquer vítima da relação de consumo, o que faz com que a grande maioria das relações de responsabilidade seja enquadrada no contexto do Código Consumerista. Todos esses aspectos relativos ao dever de indenizar serão aprofundados no Capítulo 4 desta obra.

Outro aspecto que apresenta estreita ligação com a reparação integral é a regra da solidariedade retirada da responsabilidade consumerista. Enuncia o art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.078/1990 que, "Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo". Como se extrai da melhor doutrina de Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem, "O parágrafo único do art. 7º traz a regra geral sobre a solidariedade da cadeia de fornecedores de produtos e serviços".[48] O tema, do mesmo modo, será abordado no Capítulo 4 deste livro.

Por derradeiro, é interessante apontar que, para alguns doutrinadores, o Código do Consumidor adotou também o *princípio da segurança*, que geraria justamente a responsabilidade objetiva dos fornecedores e prestadores, afastando-se a necessidade de prova do elemento culpa.[49] Com todo o respeito, parece-nos que tal conclusão pode ser retirada do princípio da reparação integral dos danos, que justifica todo o sistema de responsabilidade civil adotado pela norma consumerista. Desse modo, não haveria necessidade de se criar um regramento diferente do que aqui foi exposto.

1 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004. p. 24-52.

2 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 30.

3 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 30.

4 Tal posicionamento do jurista pode ser encontrado em: CUNHA, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*. Do CDC ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

5 FACHIN, Luiz Edson. Novo Código Civil brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor: um *approach* de suas relações jurídicas. In: MONTEIRO, António Pinto (dir.). *Estudos de direito do consumidor*, n. 7. Coimbra: Centro de Direito de Consumo, 2005. p. 111.

6 Sobre a visão clássica dos princípios, veja: LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Princípios gerais de direito*. Atual. Antonio S. Limongi França e Flávio Tartuce. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. Sobre a força constitucional dos princípios jurídicos: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 275.

7 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 299.

8 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 141.

9 Essa necessidade de inclusão na grade dos cursos superiores de Direito é observada muito bem por Claudia Lima Marques (*Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 46-49).

10 FINGER, Julio Cesar. O Ministério Público Pós-88 e a efetivação do Estado Democrático de Direito: podemos comemorar? In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério Público. Reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 88.

11 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94.

12 BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 2.

13 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 120.

14 ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 2002. p. 23.

15 Nesse sentido, por todos: LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001. p. 85.

16 Construção inspirada em: GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

17 LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, cit., p. 90. No mesmo sentido, anotam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 957).

18 Como bem aponta Claudia Lima Marques, "existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática. E um quarto tipo de vulnerabilidade básica ou intrínseca do consumidor, a informacional" (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 88).

19 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 212.

20 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *A boa-fé no direito civil*, cit., p. 224.

21 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 124.

22 Sobre o tema da boa-fé objetiva e dos deveres anexos, por todos: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

23 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 125.

24 MARQUES, Claudia Lima Marques; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 125.

25 VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Contratos. Presupuestos*. Córdoba: Advocatus, Sala de Derecho Civil, Colégio de Abogados de Córdoba, 1999. p. 45.

26 BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*, cit., p. 50.

27 APARICIO, Juan Manuel. *Contratos*: presupuestos, cit., p. 115.

28 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 594.

29 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Trad. Vera Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 511.

30 GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 6.

31 Veja-se o desenvolvimento de tal conceito em: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 6. ed. São Paulo: GEN/Método, 2011. vol. 3; TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

32 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 912.

33 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 64.

34 Sobre o tema, veja-se: PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

35 No mesmo sentido: MORAIS, Ezequiel. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2011. p. 234.

36 Os juristas apontam que existe no art. 51 do CDC uma finalidade educativa, devendo estar presentes nos contratos de consumo os deveres de clareza na redação e destaque. Mais adiante, os juristas reconhecem o "diálogo sistemático de coerência" entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, eis que "no CC/2002 a autonomia da vontade dos civis e dos empresários nas relações entre eles também conhece como limite a função social do contrato (art. 421), a conduta conforme a boa-fé e a probidade (art. 422) e a ideia de abuso do direito (art. 187)" (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 623).

37 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 942.

38 ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. vol. 4; BUSSATTA, Eduardo. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

39 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 148.

40 Sobre o tema: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 229-238.

41 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 376.

42 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 376.

43 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

44 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.

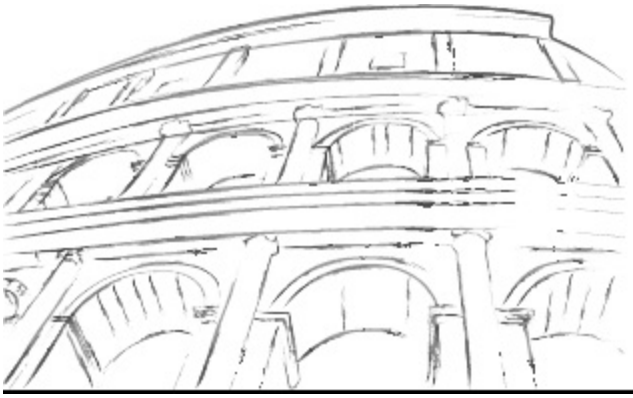
45 CARNAÚBA, Daniel. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. A álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013.

46 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

47 Sobre o tema: ROSÁRIA, Grácia Cristina Moreira do. *Perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

48 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 314.

49 Nesse sentido, discorrendo sobre tal princípio: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 43.



3

ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Sumário: 3.1. A estrutura da relação jurídica de consumo. Visão geral – 3.2. Os elementos subjetivos da relação de consumo: 3.2.1. O fornecedor de produtos e o prestador de serviços. O conceito de *fornecedor equiparado*; 3.2.2. O consumidor. Teorias existentes. O consumidor equiparado ou *bystander* – 3.3. Elementos objetivos da relação de consumo: 3.3.1. Produto; 3.3.2. Serviço – 3.4. Exemplos de outras relações jurídicas contemporâneas e o seu enquadramento como relações de consumo: 3.4.1. O contrato de transporte e a incidência do Código do Consumidor; 3.4.2. Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor; 3.4.3. O condomínio edilício e o Código de Defesa do Consumidor; 3.4.4. A incidência do Código do Consumidor para os contratos de locação urbana; 3.4.5. A Lei 8.078/1990 e a Previdência Privada Complementar; 3.4.6. Prestação de serviços educacionais como serviço de consumo; 3.4.7. As atividades notariais e registrais e a Lei 8.078/1990; 3.4.8. As relações entre advogados e clientes e o Código de Defesa do Consumidor.

3.1. A ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO. VISÃO GERAL

Para justificar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, é preciso estudar a estrutura da *relação jurídica de consumo*, na perspectiva de seus elementos subjetivos e objetivos, ou seja, das partes relacionadas e o seu conteúdo.

Sobre o tema da relação jurídica em sentido amplo, como bem aponta Maria Helena Diniz, citando Del Vecchio, "a relação jurídica consiste num vínculo entre pessoas, em razão do qual uma pode pretender um bem a que outra é obrigada. Tal relação só existirá quando certas ações dos sujeitos, que constituem o âmbito pessoal de determinadas normas, forem relevantes no que atina ao caráter deôntico das normas aplicáveis à situação. Só haverá relação jurídica se o vínculo entre pessoas estiver normado, isto é, regulado por norma jurídica, que tem por escopo protegê-lo".[1] Desse modo, na esteira das lições dos juristas, constata-se que são elementos da relação jurídica, adaptados para a relação de consumo:[2]

a) *Existência de uma relação entre sujeitos jurídicos, substancialmente entre um sujeito ativo – titular de um direito – e um sujeito passivo – que tem um dever jurídico*. Na relação de consumo, tais elementos são o fornecedor de produtos e o prestador de serviços – de um lado – e o consumidor – do outro lado. Na grande maioria das vezes, as partes são credoras e devedoras entre si, eis que prevalecem nas relações de consumo as hipóteses em que há

proporcionalidade das prestações (*sinalagma)*. Isso ocorre, por exemplo, na compra e venda de consumo e na prestação de serviços, principais situações negociais típicas de consumo.

b) *Presença do poder do sujeito ativo sobre o objeto imediato, que é a prestação, e sobre o objeto mediato da relação, que é o bem jurídico tutelado (coisa, tarefa ou abstenção)*. Na relação de consumo, o consumidor pode exigir a entrega do produto ou a prestação de serviço, nos termos do que foi convencionado e do disciplinado na Lei Consumerista. Nos termos do art. 3º do CDC, constata-se que os elementos objetivos, que formam a prestação da relação de consumo, são o produto e o serviço.

c) *Evidência na prática de um fato ou acontecimento propulsor, capaz de gerar consequências para o plano jurídico*. De acordo com Maria Helena Diniz, "pode ser um acontecimento, dependente ou não da vontade humana, a que a norma jurídica dá a função de criar, modificar ou extinguir direitos. É ele que tem o condão de vincular os sujeitos e de submeter o objeto ao poder da pessoa concretizando a relação".[3] No plano do Direito do Consumidor, esse fato é substancialmente um negócio jurídico, guiado pela autonomia privada, que é o direito que a pessoa tem de se autorregulamentar no plano contratual.

Superada essa análise estrutural, que *embaralha* o direito clássico ao contemporâneo, vejamos, de forma detalhada, os elementos da relação jurídica de consumo, retirados dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/1990.

3.2. OS ELEMENTOS SUBJETIVOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

3.2.1. O fornecedor de produtos e o prestador de serviços. O conceito de *fornecedor equiparado*

A englobar tanto o fornecedor de produtos quanto o prestador de serviços, estabelece o art. 3º, *caput*, da Lei 8.078/1990 que "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços". A palavra *fornecedor* está em sentido amplo, a englobar o *fornecedor de produtos* – em sentido estrito – e o *prestador de serviços*.

Nota-se que o dispositivo amplia de forma considerável o número das pessoas que podem ser fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços. Pode ela ser uma pessoa natural ou física, caso, por exemplo, de um empresário individual que desenvolve uma atividade de subsistência. Cite-se a hipótese de uma senhora que fabrica chocolates em sua casa e os vende pelas ruas de uma cidade, com o intuito de lucro direto. Pode ainda ser uma pessoa jurídica, o que acontece na grande maioria das vezes com as empresas que atuam no mercado de consumo. Enuncia o comando em análise que o fornecedor pode ser ainda um ente despersonalizado ou despersonificado, caso da massa falida, de uma sociedade irregular ou de uma sociedade de fato. Entre os últimos, Rizzatto Nunes cita o exemplo das *pessoas jurídicas de fato*, caso de um camelô.[4]

A respeito da finalidade lucrativa ou não da pessoa jurídica fornecedora, é interessante reproduzir o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "Para o fim de

aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um entre despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração" (STJ – REsp 519.310/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 20.04.2004). Desse modo, entidades beneficentes podem perfeitamente ser enquadradas como fornecedoras ou prestadoras, sem qualquer entrave material.

Os fornecedores ou prestadores podem ser pessoas jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado. Entre as primeiras, merecem relevo os serviços públicos que estão abrangidos pelo CDC, inclusive com tratamento específico no seu art. 22, tema que ainda será abordado no presente capítulo. Entre as últimas, os grandes fornecedores e prestadores são empresas privadas, inclusive com atuação em vários países (empresas multi ou transnacionais). Nesse contexto, a dicção legal estabelece que o fornecedor pode ser uma pessoa nacional ou estrangeira, sendo irrelevante qualquer tipo de limitação.

Na verdade, o que interessa mesmo na caracterização do fornecedor ou prestador é o fato de ele desenvolver uma *atividade*, que vem a ser a soma de atos coordenados para uma finalidade específica, como bem pontua Antonio Junqueira de Azevedo:

> "'Atividade', noção pouco trabalhada pela doutrina, não é ato, e sim **conjunto de atos**. 'Atividade' foi definida por Túlio Ascarelli como a 'série de atos coordenáveis entre si, em relação a uma finalidade comum' (*Corso di diritto commerciale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962. p. 147). Para que haja atividade, há necessidade: (i) de uma **pluralidade de atos**; (ii) de uma **finalidade comum** que dirige e coordena os atos; (iii) de uma **dimensão temporal**, já que a atividade necessariamente se prolonga no tempo. A atividade, ao contrário do ato, não possui destinatário específico, mas se dirige ***ad incertam personam*** (ao mercado ou à coletividade, por exemplo), e sua apreciação é autônoma em relação aos atos que a compõem".[5]

A par dessa construção, se alguém atuar de forma isolada, em um ato único, não poderá se enquadrar como fornecedor ou prestador, como na hipótese de quem vende bens pela primeira vez, ou esporadicamente, com ou sem o intuito concreto de lucro. Como bem observa José Fernando Simão, há, na relação de consumo, o requisito da *habitualidade*, retirado do conceito de atividade, sendo interessante a ilustração do jurista:

> "O sujeito que, após anos de uso do carro, resolve vendê-lo, certamente não será fornecedor nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, se o mesmo sujeito tiver dezenas de carros em seu nome e habitualmente os vender ao público, estaremos diante de uma relação de consumo e ele será considerado fornecedor".[6]

Pelo mesmo raciocínio, não pode ser tido como fornecedor aquele que vende esporadicamente uma casa, a fim de comprar outra, para a mudança de seu endereço. Do mesmo modo, alguém que vende coisas usadas, de forma isolada, visando apenas desfazer-se delas.

Ainda, para a visualização da atividade do fornecedor, pode servir como amparo o art. 966 do Código Civil, que aponta os requisitos para a caracterização do empresário, *in verbis*: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente *atividade econômica* organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços." Na doutrina empresarial, merecem atenção os comentários no sentido de que não se pode falar em *atividade* quando há o ato ocasional de alguém, mas, sim, em

relação àquele que atua "de modo sazonal ou mesmo periódico, porquanto, neste caso, a regularidade dos intervalos temporais permite que se entreveja configurada a habitualidade".[7] A mesma conclusão serve para a relação de consumo, visando a caracterizar o fornecedor de produtos ou prestador de serviços, em um mais um *diálogo de complementaridade* entre o CDC e o CC/2002.

Ato contínuo de estudo, a atividade desenvolvida deve ser *tipicamente profissional*, com intuito de *lucro direto* ou *vantagens indiretas*.[8] A norma descreve algumas dessas atividades, em rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*), eis que a Lei Consumerista adotou um modelo aberto como regra dos seus preceitos. Vejamos, com as devidas exemplificações:

- Atividade de produção – caso dos fabricantes de gêneros alimentícios industrializados.
- Atividade de montagem – hipótese das montadoras de automóveis nacionais ou estrangeiras.
- Atividade de criação – situação de um autor de obra intelectual que coloca produtos no mercado.
- Atividade de construção – caso de uma construtora e incorporadora imobiliária.
- Atividade de transformação – comum na panificação das padarias, supermercados e afins.
- Atividade de importação – como no caso das empresas que trazem veículos fabricados em outros países para vender no Brasil.
- Atividade de exportação – caso de uma empresa nacional que fabrica calçados e vende seus produtos no exterior.
- Atividades de distribuição e comercialização – de produtos e serviços de terceiros ou próprios, desenvolvidas, por exemplo, pelas empresas de telefonia e pelas grandes lojas de eletrodomésticos.

Por fim, em um sentido de ampliação ainda maior, a doutrina construiu a ideia do *fornecedor equiparado*. A partir da tese de Leonardo Bessa, tal figura seria um intermediário na relação de consumo, com *posição de auxílio* ao lado do fornecedor de produtos ou prestador de serviços, caso das empresas que mantêm e administram bancos de dados dos consumidores.[9] A nova categoria conta com o apoio da nossa melhor doutrina, caso de Claudia Lima Marques, que cita o seu exemplo do estipulante profissional ou empregador dos seguros de vida em grupo e leciona:

> "A figura do fornecedor equiparado, aquele que não é fornecedor do contrato principal de consumo, mas é intermediário, antigo terceiro, ou estipulante, hoje é o 'dono' da relação conexa (e principal) de consumo, por deter uma posição de poder na relação outra com o consumidor. É realmente uma interessante teoria, que será muito usada no futuro, ampliando – e com justiça – o campo de aplicação do CDC".[10]

A construção, do mesmo modo, conta com a adesão deste autor, sendo certo que há decisão do Tribunal Mineiro que equiparou o órgão que mantém o cadastro à instituição financeira em relação de consumo:

> "Indenização. Fornecedor. Contratação de empréstimo e financiamento. Fraude. Negligência. Injusta negativação. Dano moral. Montante indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Prequestionamento. Age negligentemente o fornecedor, equiparado à instituição financeira, que não prova ter tomado todos os cuidados necessários, a fim de evitar as possíveis fraudes cometidas por terceiro na contratação de empréstimos e financiamentos. (...)" (TJMG – Apelação cível 1.0024.08.958371-0/0021, Belo Horizonte – Nona Câmara Cível – Rel. Des. José Antônio Braga – j. 03.11.2009 – *DJEMG* 23.11.2009).

Com tal interessante conceito, que deve ser incrementado nos próximos anos, encerra-se o estudo do fornecedor como elemento subjetivo da relação de consumo.

3.2.2. O Consumidor. Teorias existentes. O consumidor equiparado ou *bystander*

Enuncia expressamente o art. 2º da Lei 8.078/1990 que "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Vislumbrando-se o seu enquadramento inicial, o consumidor pode ser, pelo texto expresso, uma pessoa natural ou jurídica, sem qualquer distinção. A questão da pessoa jurídica como consumidora pode gerar perplexidades.[11] Porém, na opinião do presente autor, foi correta a opção do legislador consumerista.

A respeito da pessoa jurídica consumidora, como bem aponta José Geraldo Brito Filomeno, apesar de resistências pessoais, "Prevaleceu, entretanto, como de resto em algumas legislações alienígenas inspiradas na nossa, a inclusão das pessoas jurídicas igualmente como 'consumidores' de produtos e serviços, embora com a ressalva de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa".[12] Na opinião deste autor, estando configurados os elementos da relação de consumo, não se cogita qualquer discussão a respeito de tal enquadramento, uma vez que, conforme outrora exposto, a *vulnerabilidade é elemento posto da relação de consumo*. Em outras palavras, é irrelevante ser a pessoa jurídica *forte* ou não economicamente, pois tal constatação acaba confundindo a hipossuficiência com a vulnerabilidade. De toda sorte, a jurisprudência do STJ já concluiu pela possibilidade de se mitigar a vulnerabilidade da pessoa jurídica, afastando-se a subsunção do CDC, pela presença de uma presunção relativa, tese à qual o presente autor não se filia:

> "Processo civil e consumidor. (...). Relação de consumo. Caracterização. Destinação final fática e econômica do produto ou serviço. Atividade empresarial. Mitigação da regra. Vulnerabilidade da pessoa jurídica. Presunção relativa. (...). Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o desequilíbrio da relação de consumo. A 'paridade de armas' entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não. Recurso provido" (STJ – RMS 27.512/BA – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 20.08.2009 – *DJe* 23.09.2009).

O consumidor pode ser ainda um ente despersonalizado, mesmo não constando expressamente menção a ele na Lei Consumerista. Incide a *equivalência das posições jurídicas*, uma vez que tais entes podem ser fornecedores, como antes exposto, cabendo, do mesmo modo, a sua qualificação como consumidores. A título de exemplo, cite-se julgado do Tribunal Paulista, que considerou o condomínio edilício – tratado como ente despersonalizado – consumidor de uma prestação de serviços:

> "Contrato. Prestação de serviços. Relação de consumo. Condomínio e prestadora de serviços de engenharia e manutenção. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Condomínio, ente despersonalizado, com capacidade processual, pode ser considerado consumidor final dos serviços prestados pela agravada. Recurso provido nesse aspecto" (TJSP – Agravo de Instrumento 1.009.340-00/1, Santos – Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Orlando Pistoresi – j. 26.01.2005).

Apesar de a conclusão final da decisão ser perfeita, deve ser feita a ressalva de que este autor segue o entendimento segundo o qual o condomínio edilício pode ser considerado pessoa jurídica,

conforme consta do Enunciado 90, do Conselho da Justiça Federal, da *I Jornada de Direito Civil*, que sintetiza o pensamento da melhor doutrina contemporânea.[13] Ainda no tocante aos entes despersonalizados, vejamos decisão do Tribunal Fluminense que tratou o espólio como consumidor, em caso envolvendo a prestação de serviços de telefonia:

> "Cessão do direito ao uso de linha telefônica. Morte do titular. Art. 1.572. Código Civil de 1916. Obrigação de fazer. Ação de obrigação de fazer. Uso de linha telefônica. Indevida rescisão do contrato. Com o falecimento do titular do direito de uso de linha telefônica, este se transmite aos herdeiros, na forma do art. 1.572 do Código Civil, integrando o acervo hereditário. Desta forma, é possível o espólio pleitear em ação de obrigação de fazer a instalação de linha telefônica, desde que esteja em dia com pagamentos. Os serviços interrompidos, com afronta ao disposto na Lei 9.472/1997 e no Código de Defesa do Consumidor, merecem ser restabelecidos. Afasta-se a possibilidade de indenização por dano moral, uma vez que o espólio é ente despersonalizado, sendo-lhe conferida apenas capacidade processual, como parte formal. Recurso provido em parte" (TJRJ – Acórdão 14.509/2002, Rio de Janeiro – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Walter D' Agostino – j. 17.12.2002).

Mais uma vez, diante da *equivalência das posições jurídicas*, o consumidor pode ser pessoa de Direito Privado ou de Direito Público. Entre as primeiras, cite-se uma pessoa natural ou uma empresa que adquire um eletrodoméstico em uma loja de departamentos. Entre as últimas, consigne-se a hipótese de uma prefeitura como consumidora, conforme o entendimento jurisprudencial:

> "Administrativo. Serviço de telefonia. Falta de pagamento. Bloqueio parcial das linhas da Prefeitura. Município como consumidor. 1. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de Direito Privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa. 2. Nas condições indicadas, o pagamento é contraprestação, aplicável o CDC, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento, desde que antecedido por aviso. 3. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes, repudiado pelo Direito (interpretação conjunta dos arts. 42 e 71 do CDC). 4. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível. 5. Recurso especial provido" (STJ – REsp 742.640/MG – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 06.09.2007 – *DJ* 26.09.2007, p. 203).

Admite-se que o consumidor seja pessoa nacional ou estrangeira. Em relação ao último, imagine-se o caso de um turista, em férias no Brasil, que fica intoxicado com um alimento consumido na praia ou em um restaurante, podendo demandar os agentes causadores do dano com base na responsabilidade objetiva prevista pela Lei 8.078/1990.

Pois bem, vistas tais elucidações inaugurais, o principal qualificador da condição de consumidor é que deve ele ser *destinatário final* do produto ou serviço. Tal elemento é o que desperta as maiores dúvidas a respeito da matéria, surgindo *teorias* divergentes no que toca a essa qualificação. Vejamos tais teorias, de forma detalhada.

a) Teoria finalista

Na essência, a *teoria finalista ou subjetiva* foi a adotada expressamente pelo art. 2º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor para a qualificação do consumidor, pela presença do elemento d a *destinação final* do produto ou do serviço. Tem prevalecido no Brasil a ideia de que o consumidor deve ser *destinatário final fático e econômico*, conforme as preciosas lições de Claudia Lima Marques:

> "Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo essa interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para

o escritório ou residência – é necessário ser destinatário econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção, cujo preço será incluído no preço final do profissional para adquiri-lo. Nesse caso, não haveria exigida 'destinação final' do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição. Essa interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável".[14]

Resumindo tal entendimento a respeito dos requisitos da *destinação final*, pode-se dizer que:

1º *Destinação final fática* – o consumidor é o último da cadeia de consumo, ou seja, depois dele, não há ninguém na transmissão do produto ou do serviço.

2º *Destinação final econômica* – o consumidor não utiliza o produto ou o serviço para o lucro, repasse ou transmissão onerosa.

Como destacado pela própria Claudia Lima Marques no trecho transcrito, vários julgados do Superior Tribunal de Justiça adotam tal posicionamento categórico. A ilustrar, por todos:

"Conflito de competência. Sociedade empresária. Consumidor. Destinatário final econômico. Não ocorrência. Foro de eleição. Validade. Relação de consumo e hipossuficiência. Não caracterização. 1. A jurisprudência desta Corte sedimenta-se no sentido da adoção da teoria finalista ou subjetiva para fins de caracterização da pessoa jurídica como consumidora em eventual relação de consumo, devendo, portanto, ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido (REsp 541.867/BA). 2. Para que o consumidor seja considerado destinatário econômico final, o produto ou serviço adquirido ou utilizado não pode guardar qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica por ele desenvolvida; o produto ou serviço deve ser utilizado para o atendimento de uma necessidade própria, pessoal do consumidor. 2. No caso em tela, não se verifica tal circunstância, porquanto o serviço de crédito tomado pela pessoa jurídica junto à instituição financeira decerto foi utilizado para o fomento da atividade empresarial, no desenvolvimento da atividade lucrativa, de forma que a sua circulação econômica não se encerra nas mãos da pessoa jurídica, sociedade empresária, motivo pelo qual não resta caracterizada, *in casu*, relação de consumo entre as partes. 3. Cláusula de eleição de foro legal e válida, devendo, portanto, ser respeitada, pois não há qualquer circunstância que evidencie situação de hipossuficiência da autora da demanda que possa dificultar a propositura da ação no foro eleito. 4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo" (STJ – CC 92.519/SP – Segunda Seção – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 16.02.2009 – *DJe* 04.03.2009).

"Competência. Relação de consumo. Utilização de equipamento e de serviços de crédito prestado por empresa administradora de cartão de crédito. Destinação final inexistente. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca" (STJ – REsp 541.867/BA – Segunda Seção – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – Rel. p/Acórdão Min. Barros Monteiro – j. 10.11.2004 – *DJ* 16.05.2005, p. 227).

Adotando tais premissas, na *I Jornada de Direito Comercial*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em outubro de 2012, foi aprovado enunciado doutrinário no sentido de que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor nos contratos entre empresários que tenham por objetivo o suprimento de insumos para as suas atividades de produção, comércio ou prestação de serviços (Enunciado 20).

Todavia, a verdade é que existem outras teorias a respeito da caracterização do consumidor. Uma delas, como se verá, até se justifica, eis que a aplicação cega e literal da teoria finalista pode gerar situações de injustiça.

b) Teoria maximalista

A *teoria maximalista ou objetiva* procura ampliar sobremaneira o conceito de consumidor e daí a construção da relação jurídica de consumo. Como bem apresenta Claudia Lima Marques, "os maximalistas viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de consumo".[15]

Entre os maximalistas, destaca-se o trabalho muito bem articulado de Alinne Arquette Leite Novaes, que lhe valeu o título de mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Gustavo Tepedino. Nessa obra, a partir de uma interpretação do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor – que traz o conceito de consumidor por equiparação ou *bystander* –, a doutrinadora defende que o Código Consumerista deve ser aplicado a todos os contratos de adesão, aqueles com conteúdo imposto por uma das partes. Vale transcrever as suas palavras finais, conclusivas do citado trabalho:

> "Concluímos, então, dizendo que o Código de Defesa do Consumidor é totalmente aplicável aos contratos de adesão, em virtude da extensão do conceito de consumidor, equiparando a este todas as pessoas expostas às práticas previstas nos seus Capítulos V e VI, estando, como é sabido, os contratos de adesão disciplinados dentro desse último. E isso ocorre porque a intenção do legislador, ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, foi garantir justiça e equidade aos contratos realizados sob sua égide, para equilibrar partes contratuais em posições diferentes, tutelando de modo especial o partícipe contratual, que julgou ser vulnerável. Assim, entendeu o legislador que a simples exposição às práticas por ele previstas no CDC era suficiente para gerar uma situação de insegurança e de vulnerabilidade, considerando, portanto, que o simples fato de se submeter a um contrato de adesão colocava o aderente em posição inferior, se equiparando ao consumidor".[16]

Com todo o respeito que merece, não se filia a tal forma de pensar, eis que, conforme o Enunciado 171 CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, o contrato de adesão, mencionado pelos arts. 423 e 424 do CC, não se confunde com o contrato de consumo. Ora, para a caracterização do contrato de adesão, leva-se em conta a forma de contratação, havendo uma imposição, por uma das partes da relação negocial. Por outra via, o contrato de consumo tem como conteúdo os elementos subjetivos e objetivos que aqui estão sendo expostos.

Na prática, é comum que o contrato de consumo seja de adesão, e vice-versa. Mas não necessariamente, pois o contrato pode ser de adesão sem ser de consumo. Cite-se, por exemplo, o contrato de franquia ou *franchising*, na relação franqueador e franqueado. Para o último é imposto, na grande maioria das situações, o conteúdo de todo o negócio, por meio do *manual do franqueado*. Porém, o franqueado não é consumidor, pois não é destinatário final fático e econômico dos produtos ou serviços (nesse sentido, por todos: TJRS – Apelação Cível 70031345077, Porto Alegre – Décima Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá – j. 10.09.2009 – *DJERS* 18.09.2009, p. 103; e TJSP, Agravo de Instrumento 7343481-2 – Acórdão n. 3616551, São Paulo – Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Salles Vieira – j. 23.04.2009 – *DJESP* 01.06.2009).

A rebater a *visão maximalista*, do ponto de vista organizacional e metodológico do sistema jurídico, o Código Civil de 2002 não pode perder total prestígio diante do CDC, como lei central do

Direito Privado. Ademais, diante da aplicação da *teoria do diálogo das fontes*, a tese maximalista perde sua razão de ser, em certo sentido. Não se pode esquecer, ademais, que muitos dos preceitos que constam da codificação civil privada estão em harmonia com as regras da Lei Consumerista.

De toda sorte, em algumas situações de patente discrepância, hipossuficiência ou vulnerabilidade, justifica-se a ampliação do conceito de consumidor e da relação de consumo. Surge, nesse contexto, o que é denominado como *teoria finalista aprofundada*, uma variante da teoria maximalista que se justifica plenamente. Deve ficar claro que, por tudo o que já foi aqui exposto, prefere-se o termo "hipossuficiente" para justificar a incidência da teoria. Porém, tanto doutrina quanto jurisprudência utilizam também o conceito de vulnerabilidade para tal conclusão.

c) Teoria finalista aprofundada

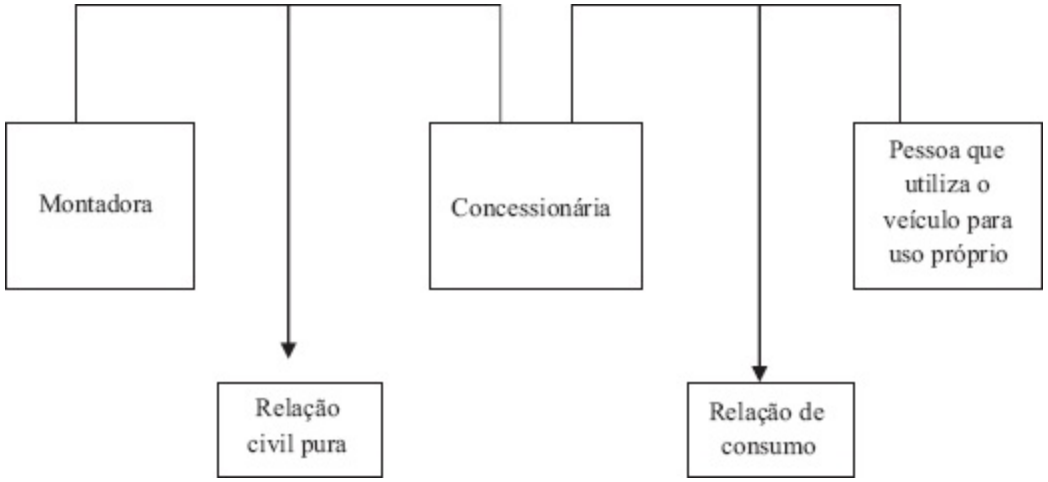
Mais uma vez, a teoria é fruto do trabalho de criação de Claudia Lima Marques, a maior doutrinadora brasileira sobre o tema Direito do Consumidor. Nesse ínterim, cumpre colacionar seus ensinamentos:

> "Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova da jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (Endverbraucher), e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar aqui de *finalismo aprofundado*.
>
> É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área de serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Essa nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade".[17]

Há, portanto, um *tempero na teoria maximalista (teoria maximalista temperada)*, conjugando-a com a teoria finalista, segundo as lições de Claudia Lima Marques. De toda sorte, alguns juristas continuam entendendo tratar-se de aplicação da teoria maximalista, corrente a que está filiado o presente autor, o que está de acordo com uma visão mais simplificada da matéria.[18]

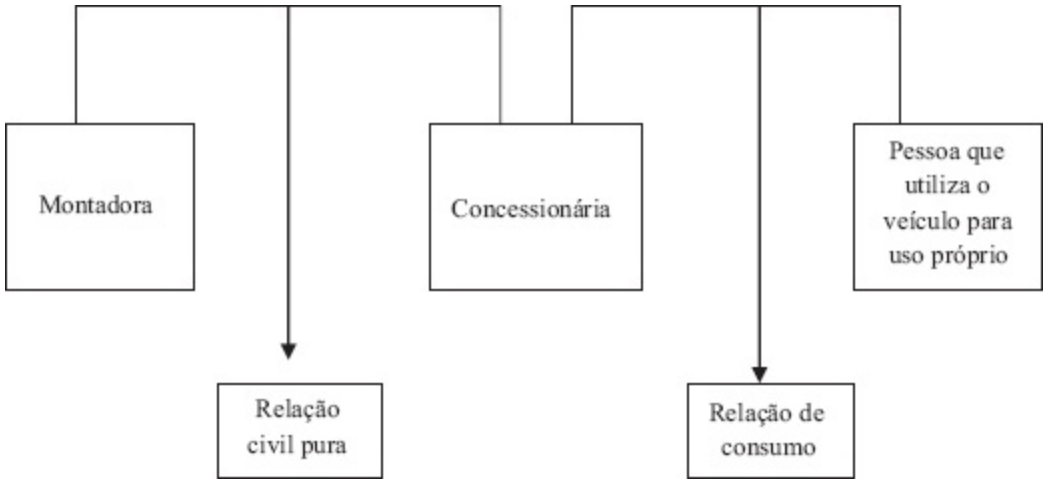
De fato, em muitas situações envolvendo pessoas notadamente hiperssuficientes – seja a disparidade econômica, financeira, política, social, técnica ou informacional –, a *teoria maximalista* justifica-se plenamente. É possível ainda afirmar, na esteira das lições de Claudia Lima Marques, que, pela ampliação categórica, a vulnerabilidade passa a ser *elemento pressuposto* da relação jurídica de consumo e não um *elemento posto*, como no capítulo anterior foi demonstrado.

Nesse contexto, vejamos algumas pontuações baseadas em exemplos de Luiz Antonio Rizzatto Nunes.[19] Imaginem-se duas relações jurídicas continuadas, entre uma montadora de veículos e uma concessionária de automóveis, bem como entre a última e uma pessoa que adquire um veículo para uso próprio:



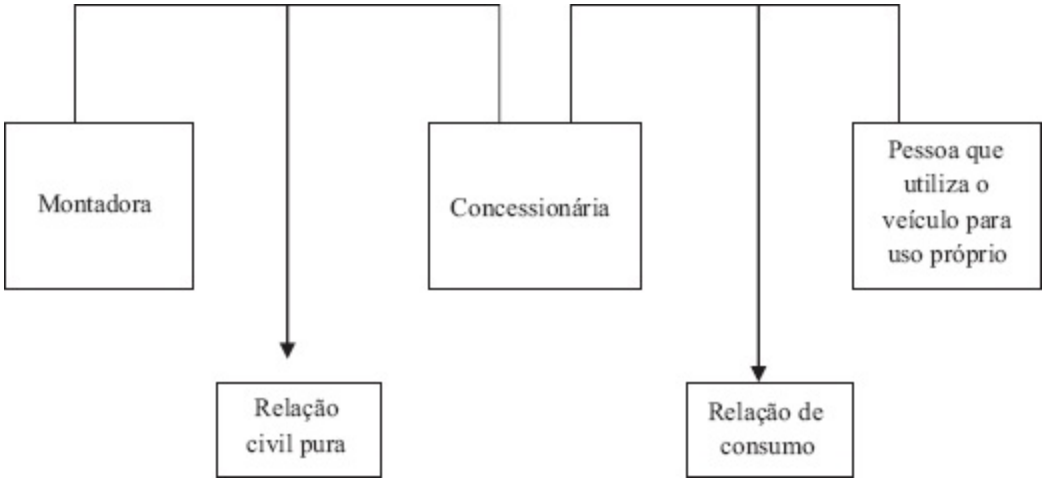
No esquema acima, a primeira relação entre a montadora e a concessionária não é uma relação de consumo, mas uma relação civil pura, eis que a concessionária não é destinatária final fática, pois após tal sujeito há a pessoa que adquire o veículo e o utiliza para uso próprio. Além disso, não é a concessionária destinatária final econômica, pois utiliza o veículo para sua atividade lucrativa primordial. Por outra via, há relação de consumo, regida pelo CDC, entre a concessionária e a pessoa que adquire o veículo para uso próprio, sendo o último destinatário final fático e econômico do bem.

Em mais uma concretização, a última pessoa é substituída por uma grande empresa que adquire uma frota de veículos para sua atividade primordial, que vem a ser a entrega de mercadorias. Vejamos o diagrama:



No que concerne à primeira relação jurídica (montadora e concessionária), nada muda, mantendo-se a relação civil, regida substancialmente pelo Código Civil de 2002. Porém, a relação estabelecida entre a empresa especializada em entregas e a concessionária não é uma relação de consumo pela *teoria finalista*. Isso porque tal empresa até pode ser destinatária final fática dos veículos, mas não é destinatária final econômica, por utilizar tais bens em sua atividade econômica predominante.

Por fim, a empresa especializada em entregas rápidas será substituída por um taxista ou um caminhoneiro, que adquire o veículo para sua manutenção profissional:



Mantendo-se mais uma vez a conclusão de que a primeira relação é civil, surge dúvida atroz a respeito da segunda relação, diante da patente disparidade que atinge o taxista e o caminhoneiro. Lembre-se de que, pela teoria finalista, ambos não seriam consumidores, já que retiram do veículo adquirido a sua atividade lucrativa primordial. Não haveria, portanto, a destinação econômica exigida para a caracterização do consumidor. Em casos como esse é que a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a aplicação da *teoria maximalista mitigada* ou da *teoria finalista aprofundada*.

Elucide-se com o exemplo de Rizzatto Nunes a respeito das canetas adquiridas pelo aluno e pelo professor para uma aula que será ministrada.[20] Se o aluno tiver um problema com a caneta (*v.g.*, a caneta estourou e manchou sua camisa), poderá fazer uso do CDC em face do comerciante e do fabricante, por ser destinatário final fático e econômico do bem adquirido. Por outra via, o professor não poderia fazer uso do CDC, por ser destinatário final do objeto, mas não destinatário final econômico, uma vez que utiliza a caneta em sua atividade profissional direta. Como bem observa o jurista, "Isso não só seria ilógico como feriria o princípio da isonomia constitucional; além do mais, não está de acordo com o sistema do CDC".[21]

No contexto de ampliação do conceito de consumidor, vejamos os acórdãos relativos ao taxista pronunciados pelo STJ:

> "Direito civil. Vício do produto. Aquisição de veículo zero quilômetro para uso profissional. Responsabilidade solidária. Há responsabilidade solidária da concessionária (fornecedor) e do fabricante por vício em veículo zero quilômetro. A aquisição de veículo zero quilômetro para uso profissional como táxi, por si só, não afasta a possibilidade de aplicação das normas protetivas do CDC. Todos os que participam da introdução do produto ou serviço no mercado respondem solidariamente por eventual vício do produto ou de adequação, ou seja, imputa-se a toda a cadeia de fornecimento a responsabilidade pela garantia de qualidade e adequação do referido produto ou serviço (arts. 14 e 18 do CDC). Ao contrário do que ocorre na responsabilidade pelo fato do produto, no vício do produto a responsabilidade é solidária entre todos os fornecedores, inclusive o comerciante, a teor do que preconiza o art. 18 do mencionado Codex" (STJ – REsp 611.872/RJ – Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – j. 02.10.2012, publicado no *Informativo 505*).

> "Civil. Processual civil. Recurso especial. Direito do consumidor. Veículo com defeito. Responsabilidade do fornecedor. Indenização. Danos morais. Valor indenizatório. Redução do *quantum*. Precedentes desta Corte. 1. Aplicável à hipótese a legislação consumerista. O fato de o recorrido adquirir o veículo para uso comercial – taxi – não afasta a sua condição de hipossuficiente na relação com a empresa-recorrente, ensejando a aplicação das normas protetivas do CDC. 2. Verifica-se, *in casu*, que se trata de defeito relativo à falha na segurança, de caso em que o produto traz um vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente (defeito na mangueira de alimentação de combustível do

veículo, propiciando vazamento causador do incêndio). Aplicação da regra do art. 27 do CDC. 3. O Tribunal *a quo*, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, entendeu que o defeito fora publicamente reconhecido pela recorrente, ao proceder ao *recall* com vistas à substituição da mangueira de alimentação do combustível. A pretendida reversão do *decisum* recorrido demanda reexame de provas analisadas nas instâncias ordinárias. Óbice da Súmula 7/STJ. 4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que 'quanto ao dano moral, não há que se falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado o fato, impõe-se a condenação' (Cf. AGA 356.447-RJ, *DJ* 11.06.2001). 5. Consideradas as peculiaridades do caso em questão e os princípios de moderação e da razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal *a quo*, a titulo de danos morais, em 100 (cem) salários-mínimos, mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, pelo que se impõe a respectiva redução à quantia certa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). 6. Recurso conhecido parcialmente e, nesta parte, provido" (STJ – REsp 575.469/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 18.11.2004 – *DJ* 06.12.2004, p. 325).

"Consumidor. Taxista. Código de Defesa do Consumidor. Financiamento para aquisição de automóvel. Aplicação do CDC. O CDC incide sobre contrato de financiamento celebrado entre a CEF e o taxista para aquisição de veículo. A multa é calculada sobre o valor das prestações vencidas, não sobre o total do financiamento (art. 52, § 1º, do CDC). Recurso não conhecido" (STJ – REsp 231.208/PE – Quarta Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 07.12.2000 – *DJ* 19.03.2001, p. 114).

Pelo mesmo raciocínio, a decisão mais recente do STJ a respeito do caminhoneiro:

"Civil. Relação de consumo. Destinatário final. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua mantença e a da família, apresentou defeitos de fabricação. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 716.877/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 21.03.2007 – *DJ* 23.04.2007, p. 257).

Outros acórdãos mais recentes fazem incidir as mesmas premissas, confirmando as palavras expostas por Claudia Lima Marques. Vejamos decisão publicada em 2010 no *Informativo 441* do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da aquisição da aquisição de máquina de bordar para pequena produção de subsistência:

"A jurisprudência do STJ adota o conceito subjetivo ou finalista de consumidor, restrito à pessoa física ou jurídica que adquire o produto no mercado a fim de consumi-lo. Contudo, a teoria finalista pode ser abrandada a ponto de autorizar a aplicação das regras do CDC para resguardar, como consumidores (art. 2º daquele Código), determinados profissionais (microempresas e empresários individuais) que adquirem o bem para usá-lo no exercício de sua profissão. Para tanto, há que demonstrar sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica (hipossuficiência). No caso, cuida-se do contrato para a aquisição de uma máquina de bordar entabulado entre a empresa fabricante e a pessoa física que utiliza o bem para sua sobrevivência e de sua família, o que demonstra sua vulnerabilidade econômica. Destarte, correta a aplicação das regras de proteção do consumidor, a impor a nulidade da cláusula de eleição de foro que dificulta o livre acesso do hipossuficiente ao Judiciário. Precedentes citados: REsp 541.867-BA, *DJ* 16.05.2005; REsp 1.080.719-MG, *DJe* 17.08.2009; REsp 660.026-RJ, *DJ* 27.06.2005; REsp 684.613-SP, *DJ* 1º.07.2005; REsp 669.990-CE, *DJ* 11.09.2006, e CC 48.647-RS, *DJ* 05.12.2005" (STJ – REsp 1.010.834-GO – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 03.08.2010).

Deve ficar claro que, para o Superior Tribunal de Justiça, a hipossuficiência ou vulnerabilidade (a última, conforme as decisões) deve ser devidamente demonstrada para que se mitigue a teoria finalista. Nesse sentido, decisão extraída do seu *Informativo* 236:

"Em ação de indenização por danos morais e materiais, a empresa alega a suspensão indevida do fornecimento de energia elétrica pela concessionária. Por outro lado, a ré sustentou preliminares de ilegitimidade ativa, incompetência da vara de defesa do consumidor por não existir relação de consumo e inépcia da inicial. O Tribunal *a quo* manteve a decisão agravada que rejeitou as preliminares. Daí o REsp da concessionária ré. A Turma, em princípio, examinou a questão relativa à admissibilidade e

processamento desse REsp e reconheceu que, como a discussão versa sobre competência, poderia influenciar todo o curso processual, justificando, pela excepcionalidade, o julgamento do REsp, sem que ele permanecesse retido, conforme tem admitido a jurisprudência. A Turma também reconheceu a legitimidade ativa da recorrida, pois cabe à locatária, no caso a empresa, o pagamento das despesas de luz (art. 23 da Lei do Inquilinato). Mas proveu o recurso quanto à inexistência de consumo e a consequente incompetência da vara especializada em Direito do Consumidor. Argumentou-se que a pessoa jurídica com fins lucrativos caracteriza-se, na hipótese, como consumidora intermediária e a uniformização infraconstitucional da Segunda Seção deste Superior Tribunal perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, na qual o consumidor requer a proteção da lei. O Min. Relator ressaltou que existe um certo abrandamento na interpretação finalista a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, tendo em vista a hipossuficiência. Entretanto, no caso concreto, a questão da hipossuficiência da empresa recorrida em momento algum restou reconhecida nas instâncias ordinárias. Isso posto, a Turma reconheceu a nulidade dos atos processuais praticados e determinou a distribuição do processo a um dos juízos cíveis da comarca. Precedente citado: REsp 541.867-BA" (STJ – REsp 661.145-ES – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 22.02.2005).

Do mesmo modo, julgado mais recente, que afastou a aplicação do CDC à relação contratual para aquisição de insumos para a agricultura, por se tratar de grande produtor rural. Como reconhece o próprio acórdão, a conclusão deve ser pela existência da relação consumerista no caso de pequena agricultura de subsistência:

"Direito civil. Produtor rural de grande porte. Compra e venda de insumos agrícolas. Revisão de contrato. Código de Defesa do Consumidor. Não aplicação. Destinação final inexistente. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade. Precedentes. Recurso especial parcialmente provido. I. Tratando-se de grande produtor rural e o contrato referindo-se, na sua origem, à compra de insumos agrícolas, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pois não se trata de destinatário final, conforme bem estabelece o art. 2º do CDC, *in verbis*: 'Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final'. II. Não havendo relação de consumo, torna-se inaplicável a inversão do ônus da prova prevista no inc. VIII do art. 6º, do CDC, a qual, mesmo nas relações de consumo, não é automática ou compulsória, pois depende de criteriosa análise do julgador a fim de preservar o contraditório e oferecer à parte contrária oportunidade de provar fatos que afastem o alegado contra si. III. O grande produtor rural é um empresário rural e, quando adquire sementes, insumos ou defensivos agrícolas para o implemento de sua atividade produtiva, não o faz como destinatário final, como acontece nos casos da agricultura de subsistência, em que a relação de consumo e a hipossuficiência ficam bem delineadas. IV. De qualquer forma, embora não seja aplicável o CDC no caso dos autos, nada impede o prosseguimento da ação com vista a se verificar a existência de eventual violação legal, contratual ou injustiça a ser reparada, agora com base na legislação comum. V. Recurso especial parcialmente provido" (STJ – REsp 914.384/MT – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 02.09.2010 – *DJe* 01.10.2010).

Como se pode notar, o enquadramento do consumidor dependerá da presença de uma parte qualificada como *grande* ou *pequena, forte* ou *fraca*. Assim, ainda ilustrando, se um advogado adquire insumos para seu escritório, haverá relação de consumo, mesmo sendo os bens utilizados para sua pequena produção. Por outra via, se um grande escritório adquire tais insumos, não haverá relação de consumo. Do mesmo modo, o raciocínio serve para o médico que adquire seringas (pela relação de consumo) e para o hospital que faz o mesmo (pela não existência da relação de consumo). Fica então a dúvida a respeito da situação em que o adquirente tem um *porte médio*. Em casos tais, tudo dependerá do julgador, se ele é um jurista maximalista ou não. Na verdade, no último caso, pode-se falar em um posicionamento *minimalista*, pouco explorado pela doutrina, mas existente.

A encerrar a exposição a respeito da teoria em questão, didático julgamento do ano de 2012 expõe muito bem quais os limites do *finalista aprofundado*. De acordo com a publicação constante do *Informativo* n. *510* do STJ, "a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Dessa forma, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o

custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pelo CDC, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Todavia, a jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando 'finalismo aprofundado'. Assim, tem se admitido que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). Além disso, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação do CDC, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora" (STJ – REsp 1.195.642/RJ – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 13.11.2012).

O julgamento é louvável, por também considerar a dependência econômica nas relações interempresariais como um critério ampliador das relações de consumo. Lamenta-se apenas a utilização do termo "vulnerabilidade", pois, na *opinio* deste autor, o que há de ser considerado é a hipossuficiência – conceito fático –, e não a vulnerabilidade – conceito jurídico decorrente de uma presunção absoluta da condição de consumidor.

d) Teoria minimalista

A par das teorias relativas ao consumidor, pode ser exposta uma corrente chamada de *minimalista*, que não vê a existência da relação de consumo em casos em que ela pode ser claramente percebida. Entre os adeptos dessa corrente, podem ser citados aqueles que entendem que não haveria uma relação de consumo entre banco e correntista, o que pode ser claramente percebido da leitura do art. 3º, § 2º, da Lei 8.078/1990, segundo o qual o serviço de crédito é abrangido pelo Código de Defesa do Consumido. Dessa forma se posicionavam os juristas Ives Gandra da Silva Martins e Arnoldo Wald, signatários da petição inicial da ADIn 2.591, que pretendia afastar a incidência das normas consumeristas para os contratos bancários.

Para o bem, o Supremo Tribunal Federal acabou por entender de forma contrária ao pedido, confirmando o que já constava da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:* "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras". A corrente minimalista restou, assim, totalmente derrotada no âmbito dos nossos Tribunais.

De toda sorte, anote-se que alguns julgados apontam ser a teoria minimalista sinônima da teoria finalista, em questões envolvendo justamente os contratos bancários:

"Contrato bancário. Relação de consumo. Destinatário final. Art. 2º do CDC. Não caracterização. Teoria minimalista ou finalista. Não caracterizada a condição de destinatário final, não há que se falar em aplicação das regras contidas na Lei do Consumidor. Negócios jurídicos bancários que tinham por finalidade fomentar as atividades empresariais desenvolvidas pela empresa coapelante. Inexistência de relação de consumo. Negócios bancários que não foram celebrados por empresa na qualidade de destinatária final. Juros remuneratórios. Não demonstração de efetiva contratação. Limitação dos juros remuneratórios à taxa média do mercado à época da contratação. Precedentes do STJ. Comissão de permanência. Possibilidade de cobrança desde que não cumulada com outros encargos. Renovação automática do contrato. Possibilidade. Autores que não demonstraram a intenção de impedir a renovação da avença. Sentença mantida. Recursos não providos" (TJSP – Apelação 0008514-82.2008.8.26.0576 – Acórdão 4981658, São José do Rio Preto – Trigésima Sétima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Roberto Nussinkis Mac Cracken – j. 10.02.2011 – *DJESP* 16.03.2011).

"Cédula de credito bancário. Alegação de necessidade de perícia. A matéria discutida em juízo depende de interpretação de cláusula de negócio jurídico bancário. Desnecessária a produção de outras provas, além daquelas já existentes nos autos. Preliminar afastada. Cédula de crédito bancário. Relação de consumo. Destinatário final. Art. 2º do CDC. Não caracterização. Teoria minimalista ou finalista. Não caracterizada a condição de destinatário final, não há que se falar em aplicação das regras contidas na Lei do Consumidor. Cédula de crédito bancário de capital de giro que tem por finalidade fomentar as atividades empresariais desenvolvidas pela empresa coapelante. Inexistência de relação de consumo. Negócio bancário que não foi celebrado por empresa na qualidade de destinatária final. Se não impugnado ou discutido no momento apropriado não autoriza ao julgador seu conhecimento de ofício. Súmula 381 do STJ. Recurso não provido" (TJSP – Apelação Cível 990.10.164057-0 – Acórdão 4821431, Bragança Paulista – Trigésima Sétima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Roberto Nussinkis Mac Cracken – j. 11.11.2010 – *DJESP* 14.12.2010).

A conclusão da comparação das teorias finalista e minimalista parece representar um engano. Além disso, diante dos julgados transcritos, deve ser feita a ressalva de que algumas decisões aplicam a teoria maximalista – ou a teoria finalista aprofundada – nas hipóteses em que pequenas empresas ou empresários individuais celebram contratos de empréstimos para obter capital para a sua atividade. Vejamos:

"Contrato. CDC. Pessoa jurídica. Crédito rotativo (cheque especial). Aplicabilidade. Contrato. Abertura de crédito em conta corrente. Juros contratuais. Admissibilidade. Norma constitucional que os fixou em limite não superior a 12% ao ano não é regra autoaplicável. Tipo de operação bancária pactuada não segue a limitação do Decreto 22.626/1933. Anatocismo. Inadmissibilidade. Súmulas 121 do STF e 93 do STJ. A cobrança de juros capitalizados somente é viável quando houver permissão legal, como é o caso das cédulas de crédito comercial, industrial e rural. Exclusão. Cabimento. Comissão de permanência, quando pactuada, não pode ultrapassar o limite dos juros contratuais, de 6,50% ao mês, não podendo haver cobrança cumulativa das duas verbas. Honorários de advogado. Sucumbência. Reciprocidade. Ocorrência. Ação revisional parcialmente procedente. Recurso provido em parte" (TJSP – Apelação Cível 1278319200, São Carlos – Vigésima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Álvaro Torres Júnior – j. 11.08.2008 – Data de registro 20.08.2008).

"Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078, de 11.09.1990. Empréstimo bancário. Aplicabilidade. Inversão do ônus da prova determinada, *ex officio*. Possibilidade. O tomador de empréstimo é consumidor para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor. Súmula 297 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Recurso parcialmente provido. Monitória. Contrato. Abertura de crédito rotativo em conta corrente. Pessoa jurídica. Cheque empresa. Valor de R$ 13.000,00, firmado em 02.07.2003. A comissão de permanência e a correção monetária não são cumuláveis (Súmula 30, do STJ). Pactuaram-se juros remuneratórios ou compensatórios à taxa de 8,95% ao mês ou de 111,71% ao ano no caso de impontualidade. Comissão de permanência à taxa vigente no mercado financeiro, juros de mora de 12% ao ano e multa de 2% (cláusula 6ª do contrato). Com a edição da MP 1.963-17, de 30.03.2000, atualmente reeditada sob o n. 2.170-26/2001, passou-se a admitir a capitalização mensal nos contratos firmados posteriormente à sua entrada em vigor, desde que houvesse previsão contratual. Vedada a comissão de permanência cumulada com os juros moratórios e com a multa contratual, ademais de não permitir sua cumulação com a correção monetária e com os juros remuneratórios, a teor das Súmulas 30, 294 e 296, do Colendo Superior Tribunal de Justiça. A comissão de

permanência é permitida à base da taxa média dos juros de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, mas não pode ultrapassar o que foi pactuado (Súmula 296 do Colendo Superior Tribunal de Justiça). Recurso parcialmente provido" (TJSP – Apelação Cível 7193448-8 – Acórdão 2632182, Ourinhos – Décima Nona Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Paulo Hatanaka – j. 29.04.2008 – *DJESP* 23.06.2008).

Ato contínuo, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu da mesma forma em hipótese de empréstimo de dinheiro, para a aquisição de máquina produtiva por uma pequena empresa:

"Contratos bancários. Contrato de repasse de empréstimo externo para compra de colheitadeira. Agricultor. Destinatário final. Incidência. Código de Defesa do Consumidor. Comprovação. Captação de recursos. Matéria de prova. Prequestionamento. Ausência. I. O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva deve ser considerado destinatário final, para os fins do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. II. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços. III. Afirmado pelo acórdão recorrido que não ficou provada a captação de recursos externos, rever esse entendimento encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. IV. Ausente o prequestionamento da questão federal suscitada, é inviável o recurso especial (Súmulas 282 e 356/STF). Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia" (STJ – REsp 445.854/MS – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 02.12.2003 – *DJ* 19.12.2003, p. 453).

O raciocínio deve ser o mesmo nos casos de contratos de "*factoring*" celebrados por pequenas empresas, visando o incremento de sua atividade pelo crédito obtido. De qualquer forma, destaque-se acórdão do STJ, do ano de 2012, segundo o qual tal relação jurídica não se enquadraria, como regra, nos elementos da relação de consumo, salvo os casos de patente vulnerabilidade ou hipossuficiência: "A atividade de *factoring* não se submete às regras do CDC quando não for evidente a situação de vulnerabilidade da pessoa jurídica contratante. Isso porque as empresas de *factoring* não são instituições financeiras nos termos do art. 17 da Lei n. 4.595/1964, pois os recursos envolvidos não foram captados de terceiros. Assim, ausente o trinômio inerente às atividades das instituições financeiras: coleta, intermediação e aplicação de recursos. Além disso, a empresa contratante não está em situação de vulnerabilidade, o que afasta a possibilidade de considerá-la consumidora por equiparação (art. 29 do CDC). Por fim, conforme a jurisprudência do STJ, a obtenção de capital de giro não está submetida às regras do CDC. Precedentes citados: REsp 836.823-PR, *DJe* 23.08.2010; AgRg no Ag 1.071.538-SP, *DJe* 18.02.2009; REsp 468.887-MG, *DJe* 17.05.2010; AgRg no Ag 1.316.667-RO, *DJe* 11.03.2011, e AgRg no REsp 956.201-SP, *DJe* 24.08.2011" (STJ – REsp 938.979-DF – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 19.06.2012, publicação no seu *Informativo 500*).

A encerrar o presente tópico, cumpre analisar o conceito de *consumidor equiparado* ou *bystander*, tão difundido pela doutrina e pela jurisprudência, retirado dos arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29 da Lei 8.078/1990. Como se nota, três são as variantes legais da construção.

Deve ficar claro que os requisitos até o presente momento abordados se referem ao consumidor padrão (*stander*) ou em sentido estrito (*stricto sensu*). Entretanto, há um sentido de ampliação natural pela Lei Consumerista, ao considerar como consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Esse é o primeiro conceito de consumidor equiparado ou por equiparação, retirado do art. 2º, parágrafo único, do CDC. Como bem pondera José Geraldo Brito Filomeno, "é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista, porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos e serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-

se, assim, abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. Ou, então, se já provocado o dano efetivo pelo consumo de tais produtos ou serviços, o que se pretende é conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possa obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis".[22]

Subsumindo a última ideia, colaciona-se interessante julgado do Tribunal Fluminense, em situação envolvendo a emissão de poluentes acima do aceitável por uma empresa, a causar danos potenciais à coletividade:

> "Responsabilidade civil. Dano moral. Vazamento de substância química (catalisador) de unidade de refino de petróleo. Princípio da precaução. A Lei Consumerista identifica, além do consumidor *stricto sensu* (*standard*), como definido no art. 2º do CDC, o terceiro que não participa diretamente da relação de consumo, ou seja, todo aquele que se encontre na condição de consumidor equiparado, ou, segundo a indicação alienígena, *bystander*. O Código passa a ter, assim, múltiplos conceitos de consumidor: um geral (art. 2º, *caput*) e três outros por equiparação (arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29). São, pois, equiparados ao consumidor *standard*: a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único do art. 2º), todas as vítimas do evento (art. 17) e todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas (art. 29). Portanto, a situação prevista em que a coletividade se encontra, potencialmente, na iminência de sofrer dano não provocado, deixa evidenciada a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Os diversos desastres tecnológicos de que os homens são responsáveis, como a contaminação das águas, do ar e a ameaça à camada de ozônio, assim como os problemas ocorridos no âmbito da saúde e segurança alimentar, têm chamado a atenção de todos acerca da necessidade de ser adotada uma atitude de maior prudência no uso das tecnologias hoje disponibilizadas. Os sentimentos e frustrações experimentados pelo autor durante todo o período que se seguiu a divulgação de que tal nuvem não tinha qualquer toxidade, pelo menos é o que ainda se presume, foram, sem qualquer dúvida, a causa direta do dano moral reclamado. Viveu o autor dias muito angustiantes, amargando sofrimentos e inquietações, que foram além do âmbito familiar. Evidente, portanto, que o dano moral injusto causado ao autor, independentemente de qualquer lesão física, gerou a dor e o sofrimento, vinculando o responsável ao dever de indenizar. Provimento do recurso" (TJRJ – Acórdão 2006.001.69259 – Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Maldonado de Carvalho – j. 13.03.2007).

Como se extrai da ementa da decisão, há ainda outros dois conceitos de consumidor equiparado. De início, para os fins de responsabilidade civil, o art. 17 do CDC considera como consumidor qualquer vítima da relação de consumo. O tema ainda será aprofundado no próximo capítulo da obra. Todavia, de imediato, interessante expor uma ilustração, envolvendo julgado do STJ que considerou consumidor equiparado o proprietário de uma residência sobre a qual caiu um avião:

> "Código de Defesa do Consumidor. Acidente aéreo. Transporte de malotes. Relação de consumo. Caracterização. Responsabilidade pelo fato do serviço. Vítima do evento. Equiparação a consumidor. Art. 17 do CDC. I. Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, '... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final'. Abrandamento do rigor técnico do critério finalista. II. Em decorrência, pela aplicação conjugada com o art. 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor. Recurso especial provido" (STJ – REsp 540.235/TO – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – *DJ* 06.03.2006).

Do mesmo Superior Tribunal de Justiça, cite-se ementa do ano de 2012, que concluiu ser consumidor equiparado o sujeito que foi vítima de um anúncio sexual realizado pela internet. Vejamos a publicação no *Informativo 500* daquela Corte: "Responsabilidade civil. Provedor de Internet. Anúncio erótico. O recorrente ajuizou ação de indenização por danos morais contra a primeira recorrida por ter-se utilizado do seu sítio eletrônico, na rede mundial de computadores, para veicular anúncio erótico no qual aquele ofereceria serviços sexuais, constando para contato o

seu nome e endereço de trabalho. A primeira recorrida, em contestação, alegou que não disseminou o anúncio, pois assinara contrato de fornecimento de conteúdo com a segunda recorrida, empresa de publicidade, no qual ficou estipulado que aquela hospedaria, no seu sítio eletrônico, o site desta, entabulando cláusula de isenção de responsabilidade sobre todas as informações divulgadas. Para a Turma, o recorrente deve ser considerado consumidor por equiparação, art. 17 do CDC, tendo em vista se tratar de terceiro atingido pela relação de consumo estabelecida entre o provedor de internet e os seus usuários. Segundo o CDC, existe solidariedade entre todos os fornecedores que participaram da cadeia de prestação de serviço, comprovando-se a responsabilidade da segunda recorrida, que divulgou o anúncio de cunho erótico e homossexual, também está configurada a responsabilidade da primeira recorrida, site hospedeiro, por imputação legal decorrente da cadeia de consumo ou pela culpa *in eligendo*, em razão da parceria comercial. Ademais, é inócua a limitação de responsabilidade civil prevista contratualmente, pois não possui força de revogar lei em sentido formal" (STJ – REsp 997.993-MG – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 21.06.2012).

Como se conclui pela análise dos julgados, o sentido de ampliação de incidência da Lei Consumerista é bem considerável, dedução retirada também do art. 29 do CDC, segundo o qual se equiparam aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e empresariais nele previstas. O último dispositivo, que consagra o último conceito de consumidor equiparado, tem incidência para as relações contratuais, conforme detalhamentos constantes do Capítulo 5 deste livro.

Expostos os elementos subjetivos da relação de consumo, vejamos os seus elementos objetivos, que formam o seu conteúdo ou a sua prestação.

3.3. ELEMENTOS OBJETIVOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

3.3.1. Produto

Nos termos literais do art. 3º, § 1º, da Lei 8.078/1990, produto é qualquer bem móvel ou imóvel material ou imaterial colocado no mercado de consumo (*mass consumption society*). Como bem demonstra Luiz Antonio Rizzatto Nunes, o Código de Defesa do Consumidor não adentrou na grande divergência existente entre os civilistas, a respeito dos conceitos de bens e coisas, preferindo utilizar o termo produto. São suas palavras:

> "Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia de bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso o seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.)".[23]

Apesar da pontuação do jurista, contata-se que a Lei 8.078/1990 utilizou o termo *bem*, no sentido de ser uma *coisa* – algo que não é humano –, com interesse econômico e/ou jurídico, construção que é seguida por este autor.[24] De acordo com a Lei Consumerista, o produto pode ser um bem móvel ou imóvel, diferenciação clássica do Direito Privado, que consta entre os arts. 79 e 84 do Código Civil Brasileiro.

O bem móvel é aquele que pode ser transportado sem prejuízo de sua integridade, caso de um automóvel, que pode ser o conteúdo de uma relação de consumo, como na aquisição de automóvel

para uso próprio em uma concessionária de veículos, seja ele novo ou usado. Por outra via, o bem imóvel é aquele cujo transporte ou remoção implica em destruição ou deterioração considerável, hipótese de um apartamento, que, do mesmo modo, pode ser o objeto de uma relação de consumo, como presente em negócios de incorporação imobiliária (nesse sentido: STJ – REsp 334.829/DF – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 06.11.2001 – *DJ* 04.02.2002, p. 354). E isso ocorre inclusive se a incorporação for realizada por cooperativas especializadas (por todos: STJ – REsp 403.189/DF – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 26.05.2003 – *DJ* 01.09.2003, p. 291).

O produto pode ser um bem material (corpóreo ou tangível) ou imaterial (incorpóreo ou intangível). Como ilustração do primeiro, vejam-se as hipóteses agora há pouco mencionadas, de aquisição do veículo e do apartamento. Como bem imaterial, destaque-se o exemplo do *lazer*, que envolve uma plêiade de situações contemporâneas.

De início, quanto ao lazer, consigne-se a ilustração de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery a respeito do jogo de futebol, com citação de julgado do Tribunal Paulista nesse sentido.[25] Não se olvide que o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei 10.671/2003) segue a principiologia consumerista, enunciando o seu art. 40 que "A defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990". Ainda a título exemplificativo, seguindo a sistemática de subsunção do CDC, em episódio bem conhecido:

> "Civil. Consumidor. Acidente em estádio de futebol em jogo de decisão da Taça João Havelange com características de Campeonato Brasileiro da 1ª Divisão. Queda do alambrado com dezenas de torcedores feridos no Estádio de S. Januário. Convincente a afirmação de que o autor foi acidentado quando cedeu o alambrado do estádio do Vasco da Gama, por sinal mal conservado e quando havia excesso de torcedores, certo de estar o autor na primeira relação de vítimas do B.O. Policial. Mas não provadas as suas lesões urge ordenar a sua indenização por dano morais, mas em moderada estipulação. Precedente: Apelo 9.818/05, 14ª Cível" (TJRJ – Acórdão 2005.001.49550 – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Rudi Loewenkron – j. 17.01.2006).

Ainda a respeito do lazer, as casas noturnas e de espetáculos estão abrangidas pela Lei Consumerista, conforme julgados a seguir, relativos às conhecidas agressões praticadas nos seus interiores:

> "Ação de indenização. Agressão em casa noturna. Relação de consumo. Responsabilidade subjetiva. Julgamento *extra petita*. Honorários de advogado. 1. Há relação de consumo entre o cliente e a casa noturna. 2. Desnecessário enfrentar a questão da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor quando o pedido veio também amparado na responsabilidade subjetiva e as instâncias ordinárias identificaram a negligência da casa noturna que ensejou o ato lesivo. 3. A valoração da prova diz com o erro de direito quanto ao valor de determinada prova, abstratamente considerada, não sendo o caso dos autos em que houve exame detalhado de todas as provas produzidas, incluída a pericial, sendo certo que o fato de testemunhas terem amizade com o autor por si só não as desqualifica quando se sabe que também estavam no local em que ocorreu o evento danoso. 4. Não existe decisão *extra petita* quando o pedido, embora sem a melhor técnica, menciona a perda da capacidade profissional da vítima, reconhecida nas instâncias ordinárias. 5. A exclusão do pedido de lucros cessantes justifica o reconhecimento da sucumbência recíproca, não se podendo falar em decaimento mínimo, aplicando-se o art. 21 do Código de Processo Civil com a redução do percentual sobre o valor da condenação. 6. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (STJ – REsp 695.000/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 03.04.2007 – *DJU* 21.05.2007, p. 571).

> "Apelação cível. Responsabilidade civil. Agressões físicas sofridas em casa noturna. Dever de segurança. Falha do serviço.

Stuttgart. Relação de consumo. Dano moral caracterizado. Hipótese em que um cliente foi agredido por um dos frequentadores da danceteria, que adentrou armado nas dependências da casa noturna. A responsabilidade objetiva consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor somente pode ser elidida caso reste comprovada culpa exclusiva da vítima ou inexistência de defeito no serviço prestado. Na espécie, o defeito na prestação do serviço é evidente, haja vista que a revista realizada pela segurança da cervejaria foi falha, pois permitiu que um frequentador adentrasse armado na casa noturna e agredisse involuntariamente o autor, causando lesões corporais com estocadas de arma branca. Os estabelecimentos comerciais são responsáveis pela incolumidade física dos seus frequentadores. Tendo em vista que a prestadora de serviço atua no setor de entretenimento e diversão, ela tem a obrigação de oferecer instalações adequadas, bem como propiciar um ambiente seguro e saudável aos seus clientes, porque, havendo qualquer dano aos seus frequentadores, decorrentes da má conservação e manutenção das instalações e equipamento ou de falhas na prestação dos seus serviços, especialmente segurança, a casa noturna deverá responder pelo adimplemento dos prejuízos suportados. (...)" (TJRS – Acórdão 70035309707, Porto Alegre – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary – j. 21.07.2010 – *DJERS* 06.08.2010).

Festas populares, do mesmo modo, estão abrangidas pela Lei 8.078/1990, pela sistemática da questão do lazer. Assim, o caso dos rodeios, festas típicas do interior do País (TJMT – Apelação 69.465/2009, Várzea Grande – Terceira Câmara Cível – Rel. Des. Evandro Stábile – j. 14.12.2009 – *DJMT* 13.01.2010, p. 11). Citem-se, nesse contexto, as festas carnavalescas que são exploradas por profissionais da área, caso das *micaretas*, que são os carnavais fora de época e que reproduzem o carnaval de Salvador, em que foliões acompanham os trios elétricos, dentro das cordas, e pagando pelos abadás. O emblemático acórdão a seguir, do Superior Tribunal de Justiça, publicado no seu *Informativo* 370, analisa muito bem a incidência do Código de Defesa do Consumidor em situações tais:

"Dano moral. Morte. Micareta. Os recorridos buscaram da sociedade promotora de eventos a indenização por danos morais decorrentes do falecimento de seu filho, vítima de disparo de arma de fogo ocorrido no interior de bloco carnavalesco em que desfilava durante uma micareta (réplica em escala menor do carnaval de Salvador). Alegam que a morte do jovem estaria diretamente ligada à má prestação de serviços pela recorrente, visto que deixara de fornecer a segurança adequada ao evento, prometida quando da comercialização dos abadás (camisolões folgados que identificam o integrante do bloco). Nesse contexto, ao sopesar as razões recursais, não há como afastar a relação de causalidade entre o falecimento e a má prestação do serviço. O principal serviço que faz o consumidor pagar vultosa soma ao optar por um bloco e não aderir à dita 'pipoca' (o cordão de populares que fica à margem dos blocos fechados) é justamente a segurança. Esse serviço, se não oferecido da maneira esperada, tal como na hipótese dos autos, apresenta-se claramente defeituoso nos termos do art. 14, § 1º, do CDC. Diante da falha no serviço de segurança do bloco, enquanto não diligenciou impossibilitar o ingresso de pessoa portadora de arma de fogo na área delimitada por cordão de isolamento aos integrantes do bloco, não há como constatar a alegada excludente de culpa exclusiva de terceiro (art. 14, § 3º, II, do mesmo Código). Daí que se mantém incólume a condenação imposta ao recorrente de reparar os danos morais no valor de sessenta mil reais" (STJ – REsp 878.265-PB – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 02.10.2008).

A encerrar o presente tópico, atente-se ao fato de que os produtos digitais também podem ser englobados pela Lei Protetiva do consumidor, caso de programas de computador ou *softwares*. Para concretizar, vejamos decisão do Tribunal de Minas Gerais, em que se discutiu a aplicação do CDC para a aquisição de programas de computador por escritório de advocacia, prevalecendo, ao final, a *teoria finalista aprofundada* ou *maximalista:*

"Direito do consumidor. Programa de computador. *Software*. Consumidor. Relação entre sociedade de advogados e empresa de *software*. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Teoria finalista mitigada. Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Inadimplemento total da obrigação. Prescrição quinquenal. Voto vencido. O consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC, permitindo-se, entretanto, a mitigação à aplicação daquela teoria, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas consumeristas a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. Nas hipóteses de inadimplemento

absoluto, não se estaria no âmbito do art. 18 (e, consequentemente, do art. 26 do CDC), mas no âmbito do art. 14, que, quanto à prescrição, leva à aplicação do art. 27, com prazo de cinco anos para o exercício da pretensão do consumidor. Como a prescrição é a perda da pretensão por ausência de seu exercício pelo titular, em determinado lapso de tempo, para se verificar se houve ou não prescrição é necessário constatar se nasceu ou não a pretensão respectiva, porquanto o prazo prescricional só começa a fluir no momento em que nasce a pretensão, ou seja, quando se constata de forma inequívoca o inadimplemento total da obrigação. Recurso provido. Voto vencido: A norma consumerista somente tem aplicação quando o contratante puder ser caracterizado como destinatário final. Quando a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, possui o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade-fim não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária, razão pela qual não se submete às normas do Código de Defesa do Consumidor. A partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova Lei (art. 206) (Des. Electra Benevides)" (TJMG – Apelação Cível 1.0024.06.207799-5/0011, Belo Horizonte – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Cabral da Silva – j. 02.06.2009 – *DJEMG* 23.06.2009).

3.3.2. Serviço

Estabelece o art. 3º, § 2º, que o serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

De início, cumpre esclarecer que, apesar de a lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista. Como primeiro exemplo, invoca-se o caso do estacionamento gratuito em lojas, *shoppings centers*, supermercados e afins, respondendo a empresa que é beneficiada pelo serviço, que serve como atrativo aos consumidores. Dessa forma, concluindo pela presença de responsabilidades, da jurisprudência:

"Indenização por danos materiais. Furto em estacionamento. Legitimidade passiva do supermercado. Terceirização do estacionamento. Irrelevância. Exoneração de responsabilidades estabelecida entre o supermercado e a empresa terceirizada não pode ser oposta ao consumidor. Solidariedade decorrente de lei. Furto Comprovado. A disponibilização de estacionamento visa angariar a clientela, ensejando a configuração de depósito irregular e consequente dever de guarda e vigilância, pouco importando tratar-se de estacionamento gratuito. Lucros cessantes afastados. Dano material correspondente ao valor do veículo furtado. Sentença parcialmente procedente. Recurso não provido" (TJSP – Apelação 0097300-21.2007.8.26.0000 – Acórdão 4895504, São Paulo – Décima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Antonio Manssur – j. 18.11.2010 – *DJESP* 24.02.2011).

"Civil. Apelação. Ação de indenização. Furto de motocicleta em supermercado. Responsabilidade civil da empresa configurada. Dever de guarda e vigilância. Dano material. Arts. 14 e 29 do CDC. Aplicação. Indenização cabível. Súmula 130 do STJ. Dever de indenizar. Responsabilidade civil do Estado. Não configuração. Recurso conhecido e não provido. O estabelecimento que permite, mesmo a título gratuito, o estacionamento de veículo em seu pátio, tem responsabilidade pela guarda e vigilância do bem, e responde por qualquer dano causado. Nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços ou de produtos responde para com o consumidor em caso de dano, independentemente de culpa. A teor do art. 29 do CDC, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. O furto de veículo em estacionamento privativo de empresa gera a obrigação de indenizar conforme prevê a Súmula 130 do STJ. Não há como imputar ao Estado a responsabilidade por prejuízo sofrido pelo furto ocorrido em estacionamento privado de supermercado. Recurso conhecido e não provido" (TJMG – Apelação Cível 1.0702.06.285022-8/0011, Uberlândia – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Márcia de Paoli Balbino – j. 24.04.2008 – *DJEMG* 09.05.2008).

Como se retira da última ementa, o conceito de consumidor equiparado pode ser utilizado para se chegar à mesma dedução de responsabilidade. Ademais, não faz a jurisprudência distinção a respeito de ter ou não o consumidor efetuado compras no local, havendo sempre a responsabilidade da empresa, nos termos da Súmula 130 do STJ. Nesse sentido:

"Direito civil. Responsabilidade civil. Furto em estacionamento. *Shopping center*. Veículo pertencente a possível locador de unidade comercial. Existência de vigilância no local. Obrigação de guarda. Indenização devida. Precedentes. Recurso provido. I. Nos termos do enunciado n. 130/STJ, 'a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento'. II. A jurisprudência deste Tribunal não faz distinção entre o consumidor que efetua compra e aquele que apenas vai ao local sem nada despender. Em ambos os casos, entende-se pelo cabimento da indenização em decorrência do furto de veículo. A responsabilidade pela indenização não decorre de contrato de depósito, mas da obrigação de zelar pela guarda e segurança dos veículos estacionados no local, presumivelmente seguro" (STJ – REsp 437.649/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 06.02.2003 – *DJ* 24.02.2003, p. 242).

Outro exemplo que envolve as vantagens indiretas ao prestador é o sistema de milhagens ou de pontuação em companhias áreas, que igualmente serve como um atrativo aos consumidores, ou até mesmo como uma publicidade (nesse sentido: TJPE – Apelação 0188732-5, Recife – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Eduardo Augusto Paura Peres – j. 11.03.2010 – *DJEPE* 05.05.2010). Fornecendo amparo doutrinário a essa forma de pensar, na *VI Jornada de Direito Civil*, em 2013, foi aprovado o Enunciado n. 559 CJF/STJ, segundo o qual "no transporte aéreo, nacional e internacional, a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros gratuitos, que viajarem por cortesia, é objetiva, devendo atender à integral reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais". A menção à reparação integral segue a linha exposta neste livro, de afastar qualquer tarifação da indenização nas relações de consumo.

Voltando à análise efetiva do conceito de serviço, a norma expressa que os serviços bancários, financeiros e de crédito são abrangidos pela norma consumerista. Por isso, os contratos celebrados entre bancos e correntistas para administração e transmissão de capitais financeiros são, em regra, de consumo, na esteira da Súmula 297 do STJ. Nessa mesma linha posicionou-se o Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2.591, conhecida como "*Adin dos Bancos*", cuja longa ementa merece transcrição:

"Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CF/1988. Art. 170, V, da CF/1988. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor, excluídas de sua abrangência a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia [art. 3º, § 2º, do CDC]. Moeda e taxa de juros. Dever-poder do Banco Central do Brasil. Sujeição ao Código Civil. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. 'Consumidor', para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídos da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa-base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei 8.078/1990] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. Art. 192 da CF/1988. Norma-objetivo. Exigência de lei complementar exclusivamente para a regulamentação do Sistema Financeiro. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. Conselho Monetário Nacional. Art. 4º, VIII, da Lei 4.595/1964. Capacidade normativa atinente à Constituição, funcionamento e fiscalização das instituições financeiras. Ilegalidade de resoluções que excedem essa matéria. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa – a chamada capacidade normativa

de conjuntura – no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade" (STF – ADI 2.591/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Carlos Velloso – Rel. p/Acórdão Min. Eros Grau – j. 07.06.2006).

Podem ser citados, assim, os contratos de conta-corrente, conta poupança, depósito bancário de quantias e bens e mútuo bancário. Deve ser feita a ressalta de que, se uma grande empresa adquire valores para fomentar sua atividade produtiva, não haveria, na esteira de julgados já transcritos, uma relação de consumo. Tratando-se de uma pequena empresa ou de um empresário individual de pequeno ou médio porte, justifica-se a incidência do CDC pela patente vulnerabilidade ou hipossuficiência, incidindo a *teoria finalista aprofundada* ou a *teoria maximalista*. Decisões nessa linha de pensamento aqui já foram transcritas.

Consigne-se, no contexto de negócios financeiros contemporâneos, que o contrato de cartão de crédito também é abrangido pela Lei 8.078/1990, nas relações entre o titular do cartão e a empresa que explora o serviço, surgindo uma quantidade considerável de demandas relativas, principalmente, à responsabilidade civil, que ainda serão estudadas (ver, por exemplo: STJ – REsp 1061500/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 04.11.2008 – *DJe* 20.11.2008; e STJ – REsp 81.269/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 08.05.2001 – *DJ* 25.06.2001, p. 150). Nas relações entre comerciantes e empresas de cartão de crédito, em regra e pela teoria finalista, não há relação de consumo, uma vez que o serviço é contratado com os fins de facilitação da atuação dos primeiros (STJ – REsp 910.799/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 24.08.2010 – *DJe* 12.11.2010). No caso de se tratar de comerciante de pequeno porte, pode-se sustentar perfeitamente a incidência da teoria finalista aprofundada ou da teoria maximalista, na esteira do que foi antes exposto.

Cumpre destacar que, também nos contratos com emissão de cédula de crédito rural, incide a Lei 8.078/1990, com as mesmas ressalvas feitas por último (entre os mais recentes acórdãos: STJ – AgRg no Ag 1.064.081/SE – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 15.03.2011 – *DJe* 18.03.2011; e STJ – REsp 302.265/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 18.03.2010 – *DJe* 12.04.2010).

Os contratos para aquisição de bens de consumo por meio de arrendamento mercantil ou *leasing* igualmente são abrangidos pelo Código Consumerista, conforme remansosa jurisprudência. Um dos principais precedentes dessa incidência é o Agravo Regimental no Recurso Especial 374.351/RS, da Terceira Turma do STJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que debateu a revisão desses negócios diante da desvalorização do real frente ao dólar (julgado em 30.04.2002). O tema ainda será aprofundado quando da abordagem da revisão contratual consagrada pela Lei 8.078/1990.

Voltando ao conteúdo do art. 3º, § 2º, do CDC, está expresso que os serviços securitários são abrangidos pela Lei Protetiva, caso dos seguros em geral. Ilustrando, o seguro de automóvel, em regra, é um contrato de consumo, a não ser se contratado no interesse patrimonial de alguém (por todos: STJ – REsp 1097758/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 10.02.2009 – *DJe* 27.02.2009). Do mesmo modo, o contrato de seguro de vida, celebrado no interesse de uma pessoa ou de uma família (entre os julgados mais recentes: REsp 1.077.342/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 22.06.2010 – *DJe* 03.09.2010). No tocante ao contrato de seguro-

saúde, é clara a Súmula 469 do STJ, incidente para tais negócios: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde". Na mesma linha e com tom de ampliação, a Súmula 100 do Tribunal de Justiça de São Paulo, do ano de 2013: "O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/1998 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais".

Continuando no estudo da norma, estão excluídas as relações de caráter trabalhista, regidas pela legislação especial, no caso a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Por tais relações são compreendidas as *relações de emprego*, com os elementos que lhe são peculiares, tais como a *pessoalidade*, a *subordinação jurídica*, a *onerosidade*, a *habitualidade* ou *não eventualidade*, a *alienidade* e a *exclusividade*.[26] Sendo assim, imagine-se que um produto explode dentro de uma fábrica, vindo a atingir um de seus empregados. Logicamente, o empregado demandará o empregador, e não o fabricante do produto, com base no acidente de trabalho e não no acidente de consumo. Em suma, incide a CLT na situação descrita e não o CDC. Em outras palavras, o protecionismo do empregado prevalece sobre o protecionismo do consumidor.

Entretanto, deve ficar claro que o Código de Defesa do Consumidor incide sobre algumas relações de trabalho individual, caso de um jardineiro, de um dentista, de um advogado, de um médico, de um empreiteiro, todos prestando serviços eventuais. Em casos tais, é bem possível estarmos diante de uma relação de consumo que também é uma relação de trabalho, e não necessariamente uma relação de emprego, diga-se de passagem. Imagine-se o singelo exemplo de um jardineiro individual que presta seu serviço para alguém. O jardineiro é um trabalhador, sem ser um empregado. Na outra ponta da relação há um consumidor, destinatário final de um produto ou serviço. Restam, então, duas dúvidas. Quem merecerá proteção nessa hipótese? Qual a justiça competente para apreciar eventual dilema contratual entre as partes: a Justiça do Trabalho ou a Justiça Comum Estadual?

No caso descrito, sabe-se que ambos os envolvidos têm proteção constitucional. O consumidor está protegido no art. 5º, inc. XXII, da Constituição Federal, como antes exposto. Por outra via, o trabalhador – e não mais empregado – tem o amparo do art. 7º da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional 45/2004. Um *consumerista* diria que o direito do consumidor prevalece. Já um *trabalhista* afirmaria o contrário, como se ouve quando a questão é levada a debate em ambientes diferenciados. Surge o grande dilema, eis que ambos os vulneráveis têm o seu próprio princípio do protecionismo. Na hipótese descrita, acredita-se que a solução está na aplicação da *técnica de ponderação*, fazendo-se um juízo de razoabilidade de acordo com o caso concreto.[27] Há, assim, uma espécie de *ponderação meritória*, favorável à proteção que deve prevalecer naquela situação concreta. Eis aqui a solução para esse problema, que envolve um *diálogo das fontes* entre as normas consumeristas e trabalhistas, sob o prisma constitucional, eis que tanto os consumidores quanto os trabalhadores estão protegidos pelo Texto Maior.

Outras normas podem auxiliar na solução desse problema. Imagine-se que a questão de conflito é o contrato escrito e celebrado entre as partes, que traz dois valores para o serviço prestado pelo jardineiro. Adotando-se uma interpretação *pro* consumidor, valeria o preço menor (art. 47 do CDC). Com uma interpretação *pro* trabalhador, o preço maior deve prevalecer. Ora, o Código Civil de 2002 pode auxiliar na definição do direito tutelado. Se o contrato foi imposto pelo trabalhador, o que geralmente ocorre, o consumidor será aderente, adotando-se uma interpretação que lhe seja mais

favorável (art. 423 do CC). No caso de ter o consumidor estipulado o contrato, o aderente será o trabalhador.

Entende-se que tais soluções devem ser adotadas também para a fixação da Justiça competente para apreciar a questão, de acordo com o pedido e a causa de pedir (*solução processual*). Se quem merecer a proteção for o consumidor, a competência será da Justiça Comum Estadual, melhor habituada com a principiologia consumerista. Caso contrário, a competência será da Justiça do Trabalho, até porque o art. 114, inc. I, da Constituição Federal, alterado pela EC 45/2004, fixa a competência dessa justiça especializada para apreciar as ações oriundas da relação de trabalho. Houve clara ampliação da competência, uma vez que não se menciona mais a relação de emprego, com aqueles elementos fixos e tradicionais já conhecidos.

O presente autor não se filia, portanto, a soluções simplistas que, cegamente e por preferências ideológicas, conduzem a uma ou outra competência específica. De toda sorte, tem prevalecido o entendimento de competência da Justiça Comum Estadual para os casos envolvendo dilemas envolvendo profissionais liberais, notadamente cobrança de valores. Nessa linha, a Súmula 363 do STJ: "Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente". A controvérsia envolve também a competência para cobrança de honorários advocatícios, sendo majoritária a tese de competência, mais uma vez, da Justiça Comum. Por todos os numerosos julgados do TST, entre os mais recentes:

> "Recurso de revista. 1. Honorários advocatícios. Ação de cobrança. Ente público. Incompetência da Justiça do Trabalho. Precedentes. Esta colenda Corte Superior tem entendido que a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar ações de cobrança de honorários de advogado, por se tratar de relação de consumo, hipótese que não se enquadra no art. 114 da Constituição Federal, mesmo após a ampliação da competência desta justiça especializada. Precedentes da SBDI-1. Na hipótese dos autos, a competência da Justiça Comum encontra-se reforçada pela presença do ente público no polo passivo da demanda, haja vista que o Supremo Tribunal Federal decidiu, mediante reiterados julgados, ser a Justiça do Trabalho incompetente para processar e julgar causas que envolvam o poder público e servidores vinculados a ele por relação jurídico-administrativa, uma vez que essas ações não se reputam oriundas da relação de trabalho referida no art. 114, I, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido" (TST – Recurso de Revista 907.800-78.2006.5.12.0036 – Segunda Turma – Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos – *DEJT* 11.03.2011, p. 357).

> "Recurso de revista. Ação de cobrança. Contrato de mandato de honorários advocatícios. Reclamação trabalhista. Advogado destituído. Relação cliente x advogado. Incompetência da Justiça do Trabalho. Em razão do contrato de honorários advocatícios decorrer do mandato, cujo objeto decorre exatamente de um contrato de resultado, resta claro que a lide versa sobre relação de consumo, a afastar a competência da Justiça do Trabalho. *In casu*, o trabalho não é o cerne do contrato, mas sim um bem de consumo que se traduziu nele, que é o resultado esperado diante de um contrato realizado entre as partes, qual seja o provimento favorável na ação trabalhista ajuizada. Assim, a competência da Justiça do Trabalho estará assegurada apenas quando não houver, pela natureza dos serviços realizados, relação contratual de consumo. A natureza da pretensão deduzida em juízo encontra-se fora do âmbito das matérias a serem apreciadas na Justiça do Trabalho. Recurso de revista conhecido e desprovido" (TST – Recurso de Revista 91.600-29.2008.5.15.0051 – Sexta Turma – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – *DEJT* 04.06.2010, p. 842).

De toda sorte, essa forma de pensar não é pacífica no próprio Tribunal Superior do Trabalho, pois existem outras ementas que concluem pela competência da Justiça do Trabalho para julgar demandas relativas a profissionais liberais, com clara presença da relação de consumo. Vejamos uma dessas decisões:

> "Agravo de instrumento. Competência material. Justiça do Trabalho. Ação de cobrança de honorários advocatícios.

Constatada possível ofensa ao art. 114, I, da Constituição. Merece ser provido o apelo para determinar o processamento do recurso denegado. Agravo de instrumento a que se dá provimento. II. Recurso de revista. Competência material. Justiça do Trabalho. Ação de cobrança de honorários advocatícios. Emenda Constitucional 45/2004. 1. A reforma do Judiciário, mediante a edição da Emenda Constitucional 45/2004, alargou a competência desta justiça especializada, que deixou de apreciar apenas os dissídios oriundos das relações de emprego para passar a conciliar e julgar controvérsias provenientes de relações de trabalho. Nesta, encontram-se mitigados alguns dos elementos necessários para a caracterização daquela, mormente a subordinação. 2. Como consequência da alteração do texto constitucional, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a Orientação Jurisprudencial 138 da SBDI-2, abrindo espaço para que esta especializada processe e julgue as ações de cobrança de honorários advocatícios ajuizadas pelos causídicos em face da prestação de serviços a particulares. Precedente. Recurso de revista conhecido e provido" (TST – RR 363/2007-771-04-40.7 – Oitava Turma – Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – *DEJT* 26.06.2009, p. 1.746).

Apesar de estar o primeiro entendimento quase que consolidado, propõe-se a análise dos problemas envolvendo as relações de trabalho *versus* relações de consumo caso a caso, na esteira da tese da ponderação dos direitos dos vulneráveis envolvidos, antes exposta (*ponderação meritória*).

A encerrar o estudo do serviço abrangido pelo Código de Defesa do Consumidor, anote-se que os serviços oferecidos pela internet também podem (e devem) ser objeto das relações de consumo. Aliás, há proposta de alteração da Lei 8.078/1990, em curso no Congresso Nacional, para inclusão de dispositivos expressos nesse sentido, o que vem em boa hora, para que não resista qualquer dúvida a respeito da questão (PLS 281/2012). O texto inicial do Projeto pretende, dentre outras alterações, introduzir os arts. 44-A a 44-E ao CDC, incluindo a Seção VII ao Capítulo V ("Das Práticas Comerciais"), para tratar do comércio eletrônico. Estabelece a primeira norma que "Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais. Parágrafo único. As normas desta Seção aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar".

Na mesma linha de incidência da Lei Consumerista para tais negócios, foi editado, em março de 2013, o Decreto 7.962, que regulamenta a Lei 8.078/1990 para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. A norma trata das informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; do atendimento facilitado ao consumidor e do respeito ao direito de arrependimento em tais negócios digitais.

Estabelece o seu art. 2º, em prol da transparência dessas relações contratuais, que os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: *a)* nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; *b)* endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; *c)* características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; *d)* discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; *e)* condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e *f)* informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Em complemento, os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de

compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além dessas informações, as seguintes: I – quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; II – prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e III – identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado (art. 3º do Decreto).

Nos termos do seu art. 4º, para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos. Deve, ainda, fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação. Há também o dever de confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta, bem como de disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação. Impõe-se, na sequência, o dever do fornecedor em manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes à informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato. Em caso tais, deve o fornecedor confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor e utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

Diante da boa-fé objetiva, o fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor, o que pode ser efetivado pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados. O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor, devendo ser comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que o negócio seja desfeito e os valores sejam devolvidos (art. 5º do Decreto 7.962/2013).

As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação (art. 6º). O desrespeito a qualquer uma dessas regras enseja o fornecedor a penalidades administrativas tratadas pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 7º).

Por derradeiro, sem prejuízo de todas essas normas, a ilustrar a já subsunção da Lei Consumerista a serviços dessa natureza, em debate sobre a existência ou não de remuneração direta, da jurisprudência superior: “Direito do consumidor e responsabilidade civil. Recurso especial. Indenização. Art. 159 do CC/1916 e arts. 6º, VI, e 14, da Lei 8.078/1990. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Provedor da internet. Divulgação de matéria não autorizada. Responsabilidade da empresa prestadora de serviço. Relação de consumo. Remuneração indireta. Danos morais. *Quantum* razoável. Valor mantido. 1. Não tendo a recorrente explicitado de que forma o v. acórdão recorrido teria violado determinados dispositivos legais (art. 159 do Código Civil de 1916 e arts. 6º, VI, e 14, ambos da Lei 8.078/1990), não se conhece do recurso especial, neste aspecto, porquanto deficiente a sua fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. 2. Inexiste violação ao art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto, para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta. 3. Quanto ao dissídio jurisprudencial, consideradas as peculiaridades do caso em questão, quais sejam, psicóloga, funcionária de empresa comercial de porte, inserida,

equivocadamente e sem sua autorização, em site de encontros na internet, pertencente à empresa-recorrente, como 'pessoa que se propõe a participar de programas de caráter afetivo e sexual', inclusive com indicação de seu nome completo e número de telefone do trabalho, o valor fixado pelo Tribunal *a quo* a título de danos morais mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso. Valor indenizatório mantido em 200 (duzentos) salários mínimos, passível de correção monetária a contar desta data. 4. Recurso não conhecido" (STJ – REsp 566.468/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 23.11.2004 – *DJ* 17.12.2004, p. 561).

3.4. EXEMPLOS DE OUTRAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS E O SEU ENQUADRAMENTO COMO RELAÇÕES DE CONSUMO

Superada a análise dos elementos da relação de consumo, com a ilustração de várias situações concretas atuais, cumpre abordar outras relações jurídicas contemporâneas, a fim de esclarecer os limites concretos do campo de subsunção da Lei Consumerista. Vejamos, de forma detalhada e pontual.

3.4.1. O contrato de transporte e a incidência do Código do Consumidor

O contrato de transporte é um dos negócios jurídicos com maior aplicação na realidade, diante do conhecido interesse do ser humano em se deslocar de um local para outro. A categoria é definida pelo art. 730 do Código Civil de 2002, *in verbis*: "Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas". Desse modo, duas são as modalidades básicas tratadas pela codificação privada: o transporte de pessoas e o transporte de coisas.

Na grande maioria das vezes, haverá relação de consumo no transporte de pessoas ou coisas. Cite-se, a propósito, o transporte coletivo por meio de ônibus, seja municipal, intermunicipal ou interestadual (veja-se debate em: STJ – REsp 402.227/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 07.12.2004 – *DJ* 11.04.2005, p. 305; e STJ – REsp 418.395/MA – Quarta Turma – Rel. Min. Barros Monteiro – j. 28.05.2002 – *DJ* 16.09.2002, p. 195). Do mesmo modo, conforme visto no Capítulo 1 desta obra, a jurisprudência superior tem entendido que o transporte aéreo, seja nacional ou internacional, é abrangido pela Lei 8.078/1990 (por todos: STJ – AgRg no Ag 1.297.315/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 09.11.2010 – *DJe* 23.11.2010). E isso, inclusive nos casos de extravios de mercadoria transportada (STJ – AgRg no Ag 1.035.077/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 22.06.2010 – *DJe* 01.07.2010).

Deve ser esclarecido o teor do art. 732 do CC, segundo o qual "Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais". Compreendendo o teor do comando, não pode ele trazer a conclusão de que o Código Civil exclui a incidência do CDC, presentes no contrato de transporte os elementos da relação de consumo. Nesse sentido, vejamos o teor do Enunciado 369 CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*:

"Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este".

Sem prejuízo de todos os casos apontados, nas hipóteses em que o transporte for utilizado com intuito direto de lucro, dentro da *máquina produtiva* de uma empresa, não haverá relação de consumo. Nessa linha, vejamos publicação constante do *Informativo* 442 do STJ:

"A Turma negou provimento ao recurso especial, mantendo a decisão do tribunal *a quo*, que entendeu inexistir, na espécie, relação de consumo entre, de um lado, revendedora de máquinas e equipamentos e, do outro, transportadora. Cuidou-se, na origem, de ação indenizatória ajuizada pela ora recorrente sob a alegação de que um gerador de energia, objeto do contrato de transporte firmado com a empresa recorrida, teria sofrido avarias durante o trajeto. O STJ aplica ao caso a teoria finalista, segundo a qual se considera consumidor aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Na espécie, ressaltou-se que o produto não seria destinado à recorrida, mas a cliente da revendedora, motivo pelo qual foi afastada a regra especial de competência do art. 101, I, do CDC para fazer incidir a do art. 100, IV, *a*, do CPC" (STJ – REsp 836.823-PR – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 12.08.2010).

A decisão merece ser ressalvada para as hipóteses envolvendo pessoas vulneráveis ou hipossuficientes, situações a que o CDC pode se subsumir, diante da incidência da *teoria finalista aprofundada* ou *maximalista*, na esteira do antes exposto.

3.4.2. Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor

O *caput* do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor é bem claro no sentido de abranger os serviços públicos, enunciando que "Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". Como se depreende da simples leitura do comando, o CDC abrange todos os serviços públicos, sejam eles prestados diretamente pelo Estado ou por empresas privadas. Desse modo, a título de exemplo, aplica-se a Lei 8.078/1990 nas seguintes situações concretas:

– Serviços de transporte público: STJ – REsp 976.836/RS – Primeira Seção – Rel. Min. Luiz Fux – j. 25.08.2010 – *DJe* 05.10.2010.

– Prestação de serviços rodoviários, por meio de empresas concessionárias: STJ – AgRg no Ag 1067391/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 25.05.2010 – *DJe* 17.06.2010; e STJ – REsp 647.710/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 20.06.2006 – *DJ* 30.06.2006, p. 216.

– Serviços públicos de educação: TJRS – Acórdão 70022516512, Encantado – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Odone Sanguiné – j. 16.04.2008 – *DOERS* 23.09.2008, p. 27; e TJMT – Apelação 63396/2009, Capital – Terceira Câmara Cível – Rel. Des. José Tadeu Cury – j. 23.02.2010 – *DJMT* 03.03.2010, p. 26 (julgados relacionados a agressões e acidente ocorridos no interior de escolas públicas).

– Serviços de telefonia fixa ou móvel: STJ – AgRg no AgRg no REsp 1.032.454/RJ – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 06.10.2009 – *DJe* 16.10.2009.

– Serviços públicos de fornecimento de água e esgoto, luz (energia elétrica) e gás, respectivamente: STJ – AgRg no REsp 1.151.496/SP – Primeira Turma – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 23.11.2010 – *DJe* 02.12.2010; STJ – AgRg no REsp 1.016.463/MA – Primeira Turma – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 14.12.2010 – *DJe* 02.02.2011; STJ – REsp 661.145/ES – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 22.02.2005 – *DJ* 28.03.2005, p. 286.

Como bem observa Luiz Antonio Rizzatto Nunes, a existência do art. 22 do CDC, "por si só, é de

fundamental importância para impedir que prestadores de serviços públicos pudessem construir 'teorias', para tentar dizer que não estariam submetidos às normas do CDC. Aliás, mesmo com a expressa redação do art. 22, ainda assim há prestadores de serviços que lutam na Justiça 'fundamentados' no argumento de que não estão submetidos às regras da Lei 8.078/1990".[28] Feito tal esclarecimento contundente, ao qual o presente autor está filiado, ainda será exposto no presente trabalho o debate acerca da interrupção de serviços públicos essenciais, o que envolve o citado comando consumerista.

3.4.3. O condomínio edilício e o Código de Defesa do Consumidor

Questão que sempre surge reside em saber se o Código de Defesa do Consumidor é aplicado às relações existentes entre condôminos e condomínio edilício, tratadas pelo Código Civil de 2002 entre os seus arts. 1.331 e 1.358. De início, é preciso ter em mente que tal relação jurídica é, essencialmente, uma *relação dominial*, estabelecida substancialmente entre bens, e não entre pessoas. Por isso é que o condomínio é estudado no livro dedicado ao Direito das Coisas. Não havendo uma relação direta entre sujeitos, isso exclui por si só a incidência da Lei 8.078/1990, pois não se preenche os requisitos mínimos de alteridade previstos entre os seus arts. 2º e 3º. Nessa linha, já concluiu o Superior Tribunal de Justiça, mesmo que indiretamente, em decisão publicada no seu *Informativo 297*:

> "Segundo a jurisprudência, não há relação de consumo entre condômino e condomínio para litígios envolvendo cobrança de taxas, muito menos poderíamos cogitar da existência de tal relação entre o profissional contratado pelo condomínio para controlar tais cobranças e um dos condôminos, tal como no caso. O réu, contador, foi contratado pelo condomínio, para prestar serviços, cabendo ao contratante a publicidade ou não do rol de inadimplentes fornecida por ele. Por simples análise do caso, conclui-se inexistir relação de consumo entre o condômino e o contador, há entre o condomínio e seu contratado, o contador. Apenas o condomínio, nesta condição, pode ser caracterizado como consumidor, pois a prestação do serviço de contadoria fora destinada àquele como um fim em si mesmo, e não, individualmente, a cada um dos condôminos. Não há, portanto, como se vislumbrar qualquer relação de consumo entre o contador e o condômino, ou qualquer responsabilidade do contador em relação direta ao condômino, pela publicidade do seu nome no rol dos inadimplentes, publicação que, segundo se afirma, sequer chegou a acontecer" (STJ – REsp 441.873-DF – Rel. Min. Castro Filho – j. 19.09.2006).

Na mesma forma de pensar, concluindo pela inexistência das figuras de fornecedor e consumidor, do Tribunal de Minas Gerais, em acórdão relacionado à discussão das taxas condominiais, para ilustrar:

> "Apelação cível. Cerceamento de defesa. Decisão proferida em audiência. Preclusão. Discussão sobre questão já decidida. Coisa julgada. Conhecer parcialmente do recurso. Ação de cobrança. Taxa de condomínio. Inaplicabilidade do CDC. Revelia. Provimento da pretensão. Manutenção. 1. Contra as decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, conforme disposto no § 3º, do art. 522, do CPC; embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, estão elas sujeitas ao fenômeno da preclusão. 2. As questões que já foram decididas e transitaram em julgado através de acórdão proferido não podem ser novamente discutidas, sob pena de ser violado o princípio da coisa julgada. 3. Em razão da ausência das figuras do fornecedor e do consumidor, não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor à relação entre condômino e condomínio. 4. Sendo decretada a revelia, reputam-se verdadeiros o valor e o período exigidos pela parte autora na ação de cobrança" (TJMG – Apelação cível n. 1.0687.08.062715-5/0021, Timóteo – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Pedro Bernardes – j. 10.11.2009 – *DJEMG* 01.03.2010).

Por fim, quanto ao tema, pelo caminho da existência de uma obrigação própria da coisa ou

ambulatória (*propter rem*), e não de uma interação puramente pessoal, como ocorre nas relações de consumo, do Tribunal Paulista:

> "Consumidor. Ação de cobrança. Valor do débito. Incidência de juros de 1% a partir da citação. Multa de 2% a partir da vigência do atual Código Civil, não havendo falar em vinculação ao Código de Defesa do Consumidor. Recurso desprovido. 1. A relação jurídica estabelecida entre condomínio e condômino não é regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, pois se trata de obrigação *propter rem*, regida pelas normas do Código Civil. 2. Em se tratando de ilícito contratual. Não pagamento de despesas condominiais. Os juros moratórios incidem, a partir da vigência do Código Civil em vigor, no percentual de 1% ao mês, contado da citação, nos termos do art. 406 do Código Civil de 2002 cumulado com o art. 161, § 1º, do CTN" (TJSP – Apelação n. 992.08.068926-3 – Acórdão n. 4239916, São Paulo – Vigésima Nona Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Reinaldo Caldas – j. 09.12.2009 – *DJESP* 26.02.2010).

3.4.4. A incidência do Código do Consumidor para os contratos de locação urbana

Prevalece em sede doutrinária e jurisprudencial, no Brasil, o afastamento da locação imobiliária como contrato de consumo. Como uma das principais justificativas, argumenta-se pela existência de um estatuto jurídico próprio a regulamentar a relação jurídica estabelecida entre locador e locatário, no caso a Lei de Locação (Lei 8.245/1991). Ademais, é sustentado que o locador não pode ser tido como fornecedor ou prestador, pela ausência de uma atividade descrita no CDC e da *profissionalidade* própria dessas qualificações. Nessa linha de conclusão, vejamos recente decisão do STJ, relativa a cláusulas abusivas introduzidas por imobiliárias em contratos de locação:

> "Locação. Ação civil pública proposta em face de apenas uma administradora de imóvel. Cláusula contratual abusiva. Ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual. Direito individual privado. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. 1. Nos termos do art. 129, inc. III, da Constituição Federal e do art. 25, inc. IV, letra *a*, da Lei 8.625/1993, possui o Ministério Público, como função institucional, a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. 2. No caso dos autos, a falta de configuração de interesse coletivo afasta a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para ajuizar ação civil pública objetivando a declaração de nulidade de cláusulas abusivas constantes de contratos de locação realizados com apenas uma administradora do ramo imobiliário. 3. É pacífica e remansosa a jurisprudência, nesta Corte, no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios, que são reguladas por legislação própria. Precedentes. 4. Recurso especial desprovido" (STJ – REsp 605.295/MG – Quinta Turma – Rel. Min. Laurita Vaz – j. 20.10.2009 – *DJe* 02.08.2010).

Do mesmo modo, em outro debate, daquela superior instância:

> "Administrativo. Agravo regimental no agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o processamento do recurso especial. Art. 535 do CPC. Omissão que não se verifica. Contrato de locação. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Impossibilidade. Incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ. Agravo regimental desprovido. 1. Não há falar em omissão quando o Tribunal de origem se manifesta fundamentadamente a respeito de todas as questões postas à sua apreciação, decidindo, entretanto, contrariamente aos interesses da agravante. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos apresentados pela parte. 2. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações locatícias, regidas pela Lei 8.245/1991. Precedentes. 3. O reexame de provas e cláusulas contratuais, imprescindível para eventual alteração do exame do julgado *a quo* quanto à natureza do contrato firmado entre as partes, encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido" (STJ – AgRg-Ag 1.089.413/SP – Quinta Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. 08.06.2010 – *DJE* 28.06.2010).

Não tem sido outra a conclusão dos Tribunais Estaduais, sendo pertinente destacar apenas algumas das numerosas ementas que afastam a subsunção do CDC às relações locatícias, na linha do exposto anteriormente:

"Locação de imóveis. Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com rescisão contratual e cobrança. Débito confessado. Recusa da locadora no recebimento dos aluguéis que deveria ensejar ação de consignação em pagamento, o que não ocorreu. Multa fixada no contrato. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Sentença mantida. Apelação improvida" (TJSP – Apelação n. 0161257-53.2008.8.26.0002 – Acórdão n. 5009862, São Paulo – Trigésima Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Jayme de Queiroz Lopes – j. 17.03.2011 – *DJESP* 29.03.2011).

"Embargos à execução. Locação predial urbana. Multa pactuada em 20% (vinte por cento), sobre o débito apurado (vencimento antecipado de parcelas). Abusividade inocorrente. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Relação de consumo. Inexistência. Exequente que decaiu de parte mínima do pedido. Ausência de sucumbência recíproca. Impossibilidade de condenação nos ônus sucumbenciais. Inteligência do art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Verba honorária. Majoração. Art. 20, § 4º, do CPC" (TJMG – Apelação cível n. 5009106-74.2009.8.13.0024, Belo Horizonte – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Tarcisio Martins Costa – j. 14.12.2010 – *DJEMG* 24.01.2011).

"Apelação cível. Locação. Ação de despejo cumulada com cobrança. Purga da mora. Necessidade de depósito do valor integral. Multa moratória. Inaplicabilidade das regras do CDC. ausência de abusividade no contrato. Caso em que a autora comprova o fato constitutivo de seu direito e não tendo o réu demonstrado o cumprimento integral de sua obrigação ou comprovado fato impeditivo, a manutenção da sentença é medida que se impõe. Ausência de comprovação da integral quitação do débito, sendo que a purga da mora deve atender aos requisitos dispostos no art. 62, inc. II, da Lei do Inquilinato. A multa moratória pactuada no contrato de locação (20%) não é ilegal, pois o Código de Defesa do Consumidor não incide nos contratos de locação de imóvel por não se tratar de relação de consumo e nem prestação de serviço, caracterizando-se, objetivamente, como uma cessão de uso remunerado. Apelo desprovido" (TJRS – Apelação Cível 70033045204, São Leopoldo – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha – j. 27.01.2011 – *DJERS* 09.02.2011).

Ressalve-se a opinião pessoal do presente autor – a partir das lições expostas por Claudia Lima Marques quando da *IV Jornada de Direito Civil* (2006) – no sentido de possibilidade de subsunção do CDC para as hipóteses em que o locador é um profissional na atividade locatícia, sendo viável juridicamente qualificá-lo como *prestador de serviços de moradia*. Anote-se que a tese da existência de um estatuto jurídico próprio a disciplinar a matéria não afasta totalmente a incidência possível da Lei Consumerista, servindo como substrato bastante para tanto a festejada tese do *diálogo das fontes*. Tal entendimento, por certo, ainda é minoritário na doutrina, não havendo ainda julgado conhecido a aplicá-lo. A propósito, vejamos as palavras de Sérgio Cavalieri Filho sobre tal problemática:

"A Mestre Claudia Lima Marques mantém-se firme em seu entendimento de que a aplicação das normas protetivas do CDC deveria ser a regra na locação residencial. Em que pese a autoridade dos seus argumentos, a maioria da doutrina e da jurisprudência inclina-se pela não incidência do CDC nas relações residenciais. De regra, o locador não faz da locação uma atividade habitual, profissional, de modo a caracteriza-lo como fornecedor, salvo em se tratando de empresa proprietária de muitos imóveis destinados à locação".[29]

Como se pode notar, o próprio jurista abre margem para outra interpretação. Consigne-se que a questão foi recentemente debatida em sede de acórdão prolatado pelo Tribunal Paulista. Vejamos:

"Locação. Despejo por falta de pagamento cumulado com cobrança de alugueres e encargos. Ação julgada parcialmente procedente. Não incidência do Código de Defesa do Consumidor. Irrelevância de que locador não seja proprietário do imóvel. Vínculo de natureza pessoal. Responsabilidade até a entrega das chaves ao locador e não da lavratura do auto de imissão na posse. Exclusão, ademais, da multa compensatória e que não se confunde com aquela moratória. Recurso provido em parte. Não há relação de consumo entre dois particulares que deliberam contratar a locação de imóvel, nada existindo que possa enquadrar o autor como sendo 'locador profissional'. (...)" (TJSP – Apelação 992.08.027721-6 – Acórdão 4340494, Avaré – Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Kioitsi Chicuta – j. 25.02.2010 – *DJESP* 23.03.2010).

A tendência de comunicação entre as normas parece indicar uma possível aplicação do CDC para os casos de *locadores profissionais* no futuro, o que viria em boa hora. Ato contínuo, já se

aplica a Lei 8.078/1990 às relações jurídicas estabelecidas entre locadores e locatários e imobiliárias que lhes prestam serviços. Nessa linha correta de raciocínio, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal do Distrito Federal, em demandas coletivas:

> "Processo civil. Ação civil pública. Locação. Cláusulas abusivas. Administradoras de imóveis. Legitimidade passiva *ad causam*. Interesses individuais homogêneos. As administradoras de imóveis são legitimadas para figurarem no polo passivo em ações civis coletivas propostas pelo Ministério Público com objetivo de declarar nulidade e modificação de cláusulas abusivas, contidas em contratos de locação elaboradas por aquelas. (Precedentes). Recurso especial provido" (STJ – REsp 614.981/MG – Quinta Turma – Rel. Min. Felix Fischer – j. 09.08.2005 – *DJ* 26.09.2005, p. 439).
>
> "Processo civil. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. 1. O Ministério Público Federal está legitimado a recorrer à instância especial nas ações ajuizadas pelo Ministério Público Estadual. 2. O MP está legitimado a defender direitos individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público. 3. Questão referente a contrato de locação, formulado como contrato de adesão pelas empresas locadoras, com exigência da Taxa Imobiliária para inquilinos, é de interesse público pela repercussão das locações na sociedade. 4. Embargos de divergência conhecidos e recebidos" (STJ – EREsp 114.908/SP – Corte Especial – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 07.11.2001 – *DJ* 20.05.2002, p. 95).
>
> "Apelação cível. Ação civil pública. Cabimento. Locação. Contrato de adesão. Cobrança de juros de mora abusivos. relação havida entre inquilinos e administradora de imóveis. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Interesses individuais homogêneos. Interesse público. Propriedade da via eleita. Sentença cassada. I. Diferentemente da existente entre locador e locatário, a relação jurídica havida entre este e a imobiliária, prestadora do serviço de intermediação de locação de móveis, qualifica-se como de consumo, nos estritos moldes do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. II. A questão referente a contrato de locação, formulado como de adesão pelas empresas administradoras de imóveis, é de interesse público pela repercussão das locações na sociedade. Precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça. III. A cobrança de encargos abusivos em contratos locatícios de adesão, firmados entre locatários e a imobiliária que administra os imóveis respectivos, perfaz-se liame hábil a caracterizar o interesse individual homogêneo que autoriza a defesa por meio de ação coletiva. IV. Apelo provido para cassar a sentença" (TJDF – Recurso 2009.04.1.012604-6 – Acórdão n. 481.411 – Primeira Turma Cível – Rel. Des. Nivio Geraldo Gonçalves – *DJDFTE* 23.02.2011, p. 114).

Mais recentemente, do Superior Tribunal de Justiça, merece destaque outro julgado a respeito das imobiliárias, que traz corretas deduções a respeito da vulnerabilidade do aderente: "Direito do consumidor. Aplicabilidade do CDC aos contratos de administração imobiliária. É possível a aplicação do CDC à relação entre proprietário de imóvel e a imobiliária contratada por ele para administrar o bem. Isso porque o proprietário do imóvel é, de fato, destinatário final fático e também econômico do serviço prestado. Revela-se, ainda, a presunção da sua vulnerabilidade, seja porque o contrato firmado é de adesão, seja porque é uma atividade complexa e especializada ou, ainda, porque os mercados se comportam de forma diferenciada e específica em cada lugar e período. No cenário caracterizado pela presença da administradora na atividade de locação imobiliária sobressaem pelo menos duas relações jurídicas distintas: a de prestação de serviços, estabelecida entre o proprietário de um ou mais imóveis e a administradora; e a de locação propriamente dita, em que a imobiliária atua como intermediária de um contrato de locação. Nas duas situações, evidencia-se a destinação final econômica do serviço prestado ao contratante, devendo a relação jurídica estabelecida ser regida pelas disposições do diploma consumerista" (REsp 509.304/PR – Rel. Min. Villas Bôas Cueva – j. 16.05.2013, publicado no seu *Informativo* n. *523*).

Ainda a ilustrar, e com tom ainda mais ampliativo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal admitiu a figura do *locatário consumidor por equiparação ou bystander*, incidindo os arts. 17 e 29 do CDC. Na hipótese, um falsário celebrou contrato de locação em nome de outrem, que foi prejudicado pela relação jurídica estabelecida, diante da sua inscrição em cadastro de inadimplentes. De toda sorte, o julgado afastou o dever de indenizar do locador, pela presença da

culpa exclusiva de terceiro, uma das excludentes da responsabilidade objetiva do fornecedor. Vejamos a ementa da decisão:

> "Civil e direito do consumidor. Contratos de locação. Celebração mediante fraude. Falsificação impassível de ser aferida. Cautelas observadas pela locadora. Exibição de todos os documentos pessoais, comprovante de residência e de propriedade de imóvel. Inserção do nome do consumidor vitimado pela fraude em cadastro de devedores inadimplentes. Fatos decorrentes da culpa de terceiro. Causa excludente de responsabilidade (CDC, art. 14, § 3º, II). Responsabilização da fornecedora. Impossibilidade. 1 – Conquanto não tenha concertado nenhum vínculo obrigacional nem mantido relacionamento comercial com a empresa especializada na locação e administração de imóveis, o autor, em tendo experimentado as consequências derivadas da celebração de contratos de locação em seu nome pelo falsário que se passara por sua pessoa, equipara-se ao consumidor ante o enquadramento do havido na conceituação que está impregnada no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor. 2 – Emoldurado o relacionamento havido como sendo de consumo, a responsabilidade da fornecedora de serviços é de natureza objetiva, prescindindo sua caracterização da comprovação de que tenha agido com culpa, bastando tão somente a comprovação de que ocorrera o ilícito e que dele tenha emergido efeitos materiais afetando o consumidor para que sua obrigação emirja, sendo-lhe ressalvado, contudo, o direito de se eximir da sua responsabilização se evidenciar que o havido derivara da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, qualificando-se essas ocorrências como causas excludentes de responsabilidade (CDC, art. 14, § 3º, II). 3 – Aferido que as celebrações dos contratos que foram concertados de forma fraudulenta em nome do consumidor foram precedidas de todas as cautelas possíveis e passíveis de serem exigidas da fornecedora, pois lhe foram exibidos todos os documentos pessoais daquele com quem contratara, comprovantes de residência e de que possuía imóvel e as assinaturas apostas nos instrumentos pelo falsário reconhecidas por notário público, não lhe pode ser debitada nenhuma responsabilidade pelo havido e pelas consequências que dele germinaram ante a circunstância de que derivara de fato de terceiro, ensejando a caracterização da excludente de responsabilidade apta a alforriá-la da responsabilização pelo ilícito e pelos efeitos que irradiaram, afetando sua pessoa, e do alcançado diretamente pela fraude. 4 – Recurso conhecido e improvido. Unânime" (TJDF – Apelação Cível 740070019988070001 – Rel. Des. Teófilo Caetano – j. 01.08.2007 – 2ª Turma Cível – Data de Publicação: 11.09.2007).

Apesar da conclusão final, a última *decisio* representa um firme caminhar para a incidência do CDC às relações locatícias, o que parece ser tendência para o futuro. Em suma, os acórdãos transcritos delineiam o destino de ampliação da incidência da Lei 8.078/1990, o que foi paulatinamente conquistado nos seus mais de vinte anos de vigência no Brasil. O que se pretende, agora, é alargar ainda mais a sua subsunção, por ser uma importante norma de interesse público e social.

3.4.5. A Lei 8.078/1990 e a Previdência Privada Complementar

Diante de sérios problemas estruturais que acometem o sistema de previdência pública em nosso País, tornou-se comum no Brasil a celebração de contratos que têm por objeto planos de previdência privada complementar (fundos de pensão), administrados por empresas financeiras. Como se extrai do site do Banco Central do Brasil, tais entidades são fiscalizadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), que é uma autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social: "A PREVIC atua como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, observando, inclusive, as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar".[30]

Ora, não há dúvidas que o Código de Defesa do Consumidor é plenamente aplicável a tais negócios de investimentos financeiros, visando uma aposentadoria posterior. Não deixa dúvidas o teor da Súmula 321 do STJ, *in verbis:* "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação

jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes". Consigne-se que, em hipóteses tais, a jurisprudência superior tem entendido pela devolução dos valores pagos em casos de desistência por parte do associado do plano:

> "Previdência complementar. Restituição das contribuições pessoais. Integralidade. Correção monetária do saldo de poupança. Índices. Recomposição da real desvalorização da moeda. Súmula 289/STJ. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação a entidades fechadas de previdência. Cabimento. 1. 'Consoante entendimento pacificado do STJ, é devida a restituição integral das contribuições vertidas pelo ex-associado à entidade de previdência complementar, por ocasião de seu desligamento'. 2. 'A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda (Súmula 289/STJ)'. 3. 'O CDC é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes' (Súmula 321/STJ). 4. Agravo regimental desprovido" (STJ – AgRg no Ag 766.447/RN – Terceira Turma – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 28.09.2010 – *DJe* 06.10.2010).

Destaque-se, a propósito, que, para o mesmo STJ, pelo teor de sua Súmula 291, "A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos". O exemplo típico de aplicação de todos esses entendimentos envolve a tão conhecida Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI (ver: STJ – AgRg no REsp 734.136/DF – Quarta Turma – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – j. 18.09.2007 – *DJ* 08.10.2007, p. 290; e STJ, AgRg no REsp 801.588/DF – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 16.03.2006 – *DJ* 24.04.2006, p. 410).

3.4.6. Prestação de serviços educacionais como serviço de consumo

A prestação de serviços educacionais, obviamente, está submetida à incidência do Código do Consumidor, notadamente nos casos envolvendo escolas privadas, do ensino médio ao ensino superior, ou até mesmo na pós-graduação. A propósito dessa incidência, a jurisprudência superior já entendeu pela subsunção da multa moratória de 2% sobre o valor da dívida para os casos de inadimplência, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC (STJ – AgRg no Ag 572.088/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 09.05.2006 – *DJ* 29.05.2006, p. 230; e STJ – AgRg no Ag 460.768/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 06.03.2003 – *DJ* 19.05.2003, p. 237).

Ainda no contexto de ilustração, diante do sistema consumerista, o Superior Tribunal de Justiça tem concluído que a exigência antecipada de mensalidades escolares referentes a um semestre inteiro do curso constitui prática ou cláusula abusiva que não pode ser admitida: "É abusiva a cláusula contratual que prevê o pagamento integral da semestralidade, independentemente do número de disciplinas que o aluno irá cursar no período, pois consiste em contraprestação sem relação com os serviços educacionais efetivamente prestados. (...)" (STJ – AgRg no Ag 774.257/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 19.09.2006 – *DJ* 16.10.2006, p. 368).

Não obstante, várias situações concretas podem envolver atos praticados no interior de escolas, como é o caso de atos de agressão continuada ou *"bullying*", gerando responsabilidade objetiva pela ótica consumerista. Exemplificando, vejamos acórdãos do Tribunal do Distrito Federal:

> "Civil. Direito do consumidor. Dano moral. Dano moral configurado. Fixação do *quantum* indenizatório de acordo com os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso improvido. Sentença mantida pelos próprios fundamentos. 1. A empresa prestadora de serviços educacionais responde de forma objetiva pela incolumidade física e moral dos alunos, só se

exonerando nas hipóteses de inexistência do defeito na prestação do serviço, culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro e caso fortuito e a força maior, eis que estes rompem o nexo causal, sem o qual não há se falar em responsabilidade. O nexo causal, *in casu*, se verifica porque a escola tem o dever de guarda e vigilância dos seus alunos. Ao receber o aluno em seu estabelecimento, assume o compromisso de velar pela preservação de sua integridade física e moral. Restando comprovada a ocorrência de violência sexual de aluna em um dos banheiros disponíveis aos alunos no mesmo andar das suas dependências, deve a instituição de ensino responder objetivamente, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de a lesão à integridade moral da aluna ter ocorrido fora do horário das aulas não afasta o dever de indenizar, porque o estabelecimento de ensino permite o acesso dos alunos antes do horário regulamentar. A prestação de segurança à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida pelo estabelecimento de ensino, principalmente quando instalado em *shopping center*, porquanto a principal diferença existente entre estes estabelecimentos e os centros tradicionais reside justamente na criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins, capaz de atrair alunos a tais praças privilegiadas. O dever de segurança é extensivo aos banheiros existentes no andar onde a instituição de ensino está estabelecida, porque ali os alunos não comparecem como frequentadores do *shopping*. Não há fato de terceiro se a empresa prestadora de serviços educacionais tem o dever de evitar o dano. É irrelevante o fato de o ofensor ter conhecido a vítima fora de suas dependências, porque foi ali que encontrou ambiente propício para o seu desiderato criminoso, por falta de vigilância da instituição de ensino. Por ser a prestação de segurança ínsita à atividade dos estabelecimentos de ensino, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou à integridade física do aluno não admite a excludente de força maior derivada de qualquer meio irresistível de violência. 2. O dano moral é inconteste e decorre da simples violência suportada pela aluna independentemente de qualquer outro efeito em relação à vítima. 3. O arbitramento do valor devido a título de indenização por danos morais se sujeita à decisão judicial, informada pelos critérios apontados pela doutrina e jurisprudência e condensados pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e adequação. Observados tais parâmetros, e considerando a capacidade financeira da empresa requerida, o valor fixado na sentença não merece reparo. (...)" (TJDF – Recurso 2008.03.1.010538-8 – Acórdão 346.402 – Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Rel. Juíza Maria de Fátima Rafael de Aguiar Ramos – *DJDFTE* 16.03.2009, p. 208).

"Direito civil. Indenização. Danos morais. Abalos psicológicos decorrentes de violência escolar. *Bullying*. Ofensa ao princípio da dignidade da pessoa. Sentença reformada. Condenação do colégio. Valor módico, atendendo-se às peculiaridades do caso. 1. Cuida-se de recurso de apelação interposto de sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos morais por entender que não restou configurado o nexo causal entre a conduta do colégio e eventual dano moral alegado pelo autor. Este pretende receber indenização sob o argumento de haver estudado no estabelecimento de ensino em 2005 e ali teria sido alvo de várias agressões físicas que o deixaram com traumas que refletem em sua conduta e na dificuldade de aprendizado. 2. Na espécie, restou demonstrado nos autos que o recorrente sofreu agressões físicas e verbais de alguns colegas de turma que iam muito além de pequenos atritos entre crianças daquela idade, no interior do estabelecimento réu, durante todo o ano letivo de 2005. É certo que tais agressões, por si só, configuram dano moral cuja responsabilidade de indenização seria do Colégio em razão de sua responsabilidade objetiva. Com efeito, o Colégio réu tomou algumas medidas na tentativa de contornar a situação, contudo, tais providências foram inócuas para solucionar o problema, tendo em vista que as agressões se perpetuaram pelo ano letivo. Talvez porque o estabelecimento de ensino apelado não atentou para o papel da escola como instrumento de inclusão social, sobretudo no caso de crianças tidas como 'diferentes'. Nesse ponto, vale registrar que o ingresso no mundo adulto requer a apropriação de conhecimentos socialmente produzidos. A interiorização de tais conhecimentos e experiências vividas se processa, primeiro, no interior da família e do grupo em que este indivíduo se insere, e, depois, em instituições como a escola. No dizer de Helder Baruffi, 'Neste processo de socialização ou de inserção do indivíduo na sociedade, a educação tem papel estratégico, principalmente na construção da cidadania'" (TJDF – Recurso 2006.03.1.008331-2 – Acórdão 317.276 – Segunda Turma Cível – Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior – *DJDFTE* 25.08.2008, p. 70).

Por certo, como há nesses ambientes, muitas vezes, uma troca de agressividades, a tendência é que se amplie a incidência do CDC, o que vem em boa hora, a partir da ideia de que a Lei Consumerista é importante norma de interesse público e social.

3.4.7. As atividades notariais e registrais e a Lei 8.078/1990

Debate-se nos meios jurídicos a possibilidade de incidência da Lei 8.078/1990 para as atividades de notários e registradores. Como é notório, tais atividades são exercidas por delegação do Poder Público, nos termos do art. 236 da Constituição Federal, o que seria um suposto entrave

para a subsunção da Norma Consumerista. Com o devido respeito, a tese não convence, eis que, como visto, os serviços públicos, diretos ou indiretos, podem ser abrangidos pelo art. 22 do Código do Consumidor.

Também se argumenta pela existência de estatutos normativos próprios, a afastar a Lei Consumerista, caso da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) e da Lei 8.935/1994 (Lei dos Serviços Notariais e de Registro). Mais uma vez, a premissa de interação legislativa apregoada pela festejada teoria do *diálogo das fontes* afasta mansamente tal assertiva teórica. Todavia, conhecido acórdão do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, acabou afastando a subsunção da Lei do Consumidor às atividade notariais, pelos argumentos de declinação acima expostos:

> "Processual. Administrativo. Constitucional. Responsabilidade civil. Tabelionato de Notas. Foro competente. Serviços notariais. A atividade notarial não é regida pelo CDC. (Vencidos a Ministra Nancy Andrighi e o Ministro Castro Filho.) O foro competente a ser aplicado em ação de reparação de danos, em que figure no polo passivo da demanda pessoa jurídica que presta serviço notarial, é o do domicílio do autor. Tal conclusão é possível seja pelo art. 101, I, do CDC, ou pelo art. 100, parágrafo único do CPC, bem como segundo a regra geral de competência prevista no CPC. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 625.144/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 14.03.2006 – *DJ* 29.05.2006, p. 232).

Cumpre ressalvar que a questão não é pacífica no próprio STJ, havendo julgado posterior com o seguinte teor da ementa: "O Código de Defesa do Consumidor aplica-se à atividade notarial" (STJ – REsp 1.163.652/PE – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 01.06.2010 – *DJe* 01.07.2010). As mesmas premissas de debate valem para o registro público delegado pelo Estado, entendendo o presente autor que é perfeitamente possível enquadrar a atividade como sendo de consumo.

3.4.8. As relações entre advogados e clientes e o Código de Defesa do Consumidor

Para finalizar o presente capítulo, vejamos o intrincado e apaixonado debate acerca da incidência do Código de Defesa do Consumidor às relações estabelecidas entre advogados e clientes. Como é notório, prevalece em larga escala, em sede de Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de não aplicação da Lei 8.078/1990. *Primeiro* – e mais uma vez –, pela existência de uma lei especifica, no caso o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994). *Segundo*, porque as atividades do advogado encontram fortes limitações éticas, não sendo possível enquadrá-las como atividade fornecida no *mercado do consumo*, conforme consta do art. 3º, § 2º, do CDC – tese defendida pelo Conselho Federal da OAB, conforme relata Claudia Lima Marques.[31] Concluindo desse modo, por todos, vejamos ementa de acórdão que menciona outras duas decisões:

> "Civil e processual civil. Contrato de prestação de serviços advocatícios. Foro de eleição. Possibilidade. Precedentes. Exceção de competência. Efeito suspensivo. Decisão definitiva do Tribunal de origem. Precedentes. Recurso especial não conhecido. 1. As relações contratuais entre clientes e advogados são regidas pelo Estatuto da OAB, aprovado pela Lei 8.906/1994, a elas não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor. Precedentes (REsp 539077/MS – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 26.04.2005 – *DJ* 30.05.2005, p. 383; REsp 914105/GO – Quarta Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 09.09.2008 – *DJe* 22.09.2008). 2. O Superior Tribunal de Justiça entende que a exceção de competência suspende o curso do processo até a decisão definitiva na origem, subsistindo, somente, o efeito devolutivo ao recurso especial. 3. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 1.134.889/PE – Quarta Turma – Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJAP) – j. 23.03.2010 – *DJe* 08.04.2010).

Por outra via, afastando todo o raciocínio antes desenvolvido, há decisões da mesma Corte

Superior que concluem pela subsunção do Código de Defesa do Consumidor às relações entre advogados e clientes:

> "Código de Defesa do Consumidor. Incidência na relação entre advogado e cliente. Precedentes da Corte. 1. Ressalvada a posição do Relator, a Turma já decidiu pela incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação entre advogado e cliente. 2. Recurso especial conhecido, mas desprovido" (STJ – REsp 651.278/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 28.10.2004 – *DJ* 17.12.2004, p. 544 – *REPDJ* 01.02.2005, p. 559).
>
> "Prestação de serviços advocatícios. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. I. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas. II. Caracterizada a sucumbência recíproca devem ser os ônus distribuídos conforme determina o art. 21 do CPC. III. Recursos especiais não conhecidos" (STJ – REsp 364.168/SE – Terceira Turma – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 20.04.2004 – *DJ* 21.06.2004, p. 215).

A polêmica, por óbvio, se repete em sede de Tribunais Estaduais (constata-se a oscilação em: TJDF – Recurso 2010.00.2.006496-3 – Acórdão 431.834 – Primeira Turma Cível – Rel. Des. Lécio Resende – *DJDFTE* 07.07.2010, p. 46; TJRS – Recurso Cível 71002742492, Triunfo – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 28.10.2010 – *DJERS* 05.11.2010; TJMG – Embargos Infringentes 1.0024.03.985985-5/0041, Belo Horizonte – Décima Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Duarte de Paula – j. 25.03.2009 – *DJEMG* 18.05.2009; TJPR – Apelação Cível 356945-9 – Acórdão n. 6422, Curitiba – Sétima Câmara Cível – Rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida – j. 26.09.2006 – *DJPR* 20.10.2006; 2º TAC-SP – Agravo de Instrumento 873.636-00/4 – Sexta Câmara – Rel. Des. Andrade Neto – j. 23.02.2005).

Na opinião do presente autor, a relação entre advogado e cliente é, sim, uma relação de consumo, pela presença de uma prestação de serviços realizada a um destinatário final fático e econômico, que é o cliente. Ademais, trata-se também de uma relação de trabalho, quando prestado por pessoa individual, servindo como luva a tese antes exposta a respeito da *ponderação meritória* – concluindo-se favoravelmente ao direito que merece proteção no caso concreto –, inclusive quanto à fixação da Justiça Competente.

A tese de existência de uma lei específica é afastada pela *teoria do diálogo das fontes*, na esteira dos argumentos também utilizados para as relações locatícias e as atividades notariais e registrais. Repise-se que não se pode conceber o sistema jurídico como algo inerente e fechado, mas em constante interação.

Por fim, enquadrar a atividade do advogado como sendo *oferecida no mercado de consumo* não a torna uma atividade mercantil, o que é vedado pelo Estatuto da Advocacia em vários de seus preceitos. O sentido de *mercado de consumo* é aquele da sociedade de consumo em massa (*mass consumption society*), sem que haja efetivamente um fim comercial de lucro direto, na trilha de exemplos antes demonstrados. Ainda a título de argumentação, o Estado, do mesmo modo, presta tais serviços, de forma direta ou indireta, sem que esteja presente o intuito de lucro. Isso também ocorre com pessoas jurídicas ou naturais prestadoras de serviços públicos por concessão e delegação, na esteira de ilustrações antes expostas neste livro.

Não se olvide que a atividade do advogado é essencial e indispensável à administração da Justiça, como expressa o art. 133 da Constituição Federal. Eventual enquadramento de sua atividade como de consumo não representa qualquer lesão quanto ao objeto do comando superior. Na verdade, só há um reforço da norma, eis que as responsabilidades do advogado são aumentadas, pela incidência dos justos preceitos consumeristas.

1 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 515.

2 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 516-517.

3 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 517.

4 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111.

5 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer). Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflito de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. *Novos pareceres e estudos de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 400.

6 SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 38.

7 FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008. t. XI, p. 84.

8 Por todos a respeito dessa conclusão: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 156.

9 BESSA, Leonardo. Fornecedor equiparado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 61, p. 127, jan.-mar. 2007.

10 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 105.

11 Sobre o tema: MORATO, Antonio Carlos. *A pessoa jurídica como consumidora*. São Paulo: RT, 2008.

12 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 32.

13 Por todos, esse é o entendimento de: LIMA, Frederico Viegas de. *Condomínio em edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010. Trata-se de tese de pós-doutoramento defendida na Suíça. A posição do presente autor pode ser encontrada em: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Lei de Introdução e Parte Geral. 7. ed. São Paulo: GEN/Método, 2011. vol. 1; TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. São Paulo: GEN/Método, 2011.

14 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 85.

15 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 85.

16 NOVAES, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2001. p. 165.

17 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 87.

18 Entendendo tratar-se a conclusão de incidência da teoria maximalista: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 52-53; GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 12-14.

19 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 95-103. Esclareça-se que o presente autor foi aluno do Professor Rizzatto Nunes no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Contratual do COGEAE-PUC-SP, entre os anos de 1999 e 2001, passando a utilizar as ilustrações do jurista, desde então.

20 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101-103.

21 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 102.

22 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 38.

23 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

24 Tal conceito é utilizado principalmente por Sílvio Rodrigues, e seguido pelo presente autor em suas obras de Direito Civil. Veja-se: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Lei de Introdução e Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Método, 2011. vol. 1; TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. São Paulo: Método, 2011.

25 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 909. O julgado citado é: TJSP – Agravo 281.523-1/1-00 – Oitava Câmara de Direito Privado – Rel. Des. César Lacerda – j. 07.02.1996.

26 Elementos retirados da mais recente doutrina trabalhista de: CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 199-222.

27 Sobre a técnica de ponderação, por todos: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São

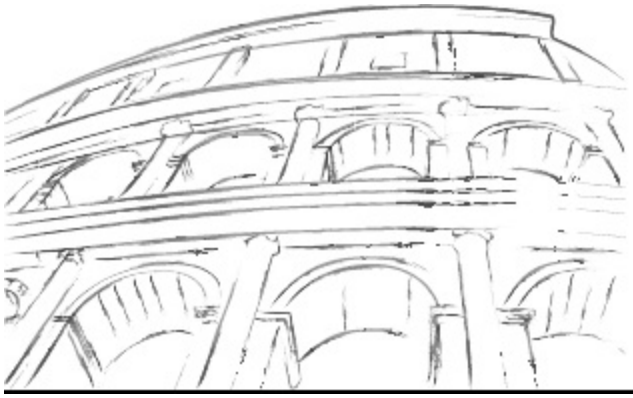
Paulo: Malheiros, 2008.

28 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 324.

29 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 233-234.

30 Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/spc.asp>. Acesso em: 30 mar. 2011.

31 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 100-101.



4

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sumário: 4.1. A unificação da responsabilidade civil pelo Código de Defesa do Consumidor. A responsabilidade civil objetiva e solidária como regra do Código do Consumidor (risco-proveito). A responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais como exceção – 4.2. Análise dos casos específicos de responsabilidade civil pelo Código de Defesa do Consumidor: 4.2.1. As quatro hipóteses tratadas pela Lei 8.078/1990 em relação ao produto e ao serviço. Vício *versus* fato (defeito). Panorama geral e a questão da solidariedade; 4.2.2. Responsabilidade civil pelo vício do produto; 4.2.3. Responsabilidade civil pelo fato do produto ou defeito; 4.2.4. Responsabilidade civil pelo vício do serviço; 4.2.5. Responsabilidade civil pelo fato do serviço ou defeito – 4.3. O consumidor equiparado e a responsabilidade civil. Aprofundamentos quanto ao tema e confrontações em relação ao art. 931 do Código Civil – 4.4. Excludentes de responsabilidade civil pelo Código de Defesa do Consumidor: 4.4.1. As excludentes da não colocação do produto no mercado e da ausência de defeito; 4.4.2. A excludente da culpa ou fato exclusivo de terceiro; 4.4.3. A excludente da culpa ou fato exclusivo do próprio consumidor; 4.4.4. O enquadramento do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilidade civil consumerista; 4.4.5. Os riscos do desenvolvimento como excludentes de responsabilidade pelo Código de Defesa do Consumidor – 4.5. O fato concorrente do consumidor como atenuante da responsabilidade civil dos fornecedores e prestadores – 4.6. A responsabilidade civil pelo cigarro e o Código de Defesa do Consumidor – 4.7. A responsabilidade civil pelo Código de Defesa do Consumidor e o *recall*.

4.1. A UNIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA COMO REGRA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR (RISCO-PROVEITO). A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS COMO EXCEÇÃO

Desde os primórdios do Direito Romano, convencionou-se classificar a responsabilidade civil, quanto à origem, em contratual ou negocial e extracontratual ou *aquiliana*, a última devido à sua origem na *Lex Aquilia de Damno*. A própria etimologia da palavra "responsabilidade" demonstra tal divisão, eis que decorrente do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, que nasceu de uma obrigação primitiva e de natureza contratual, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais.[1]

Essa divisão, consagradora de um *modelo dualista ou binário de responsabilidade civil*, acabou por influenciar a elaboração das codificações privadas modernas. O Código Civil Francês, por

exemplo, traz a responsabilidade civil delitual ou extracontratual entre os seus arts. 1.382 e 1386, enquanto a responsabilidade contratual está nos arts. 1.146 a 1.155, no capítulo que trata dos danos e dos interesses decorrentes do descumprimento da obrigação.

Entre as codificações mais atuais, o Código Civil Italiano, de 1942, também consagra a *divisio*, em seu *Livro IV*, que regula as obrigações. A responsabilidade civil extracontratual, por fatos ilícitos, está prevista entre os arts. 2.043 e 2.059. Por outra via, a responsabilidade contratual, decorrente do inadimplemento obrigacional, tem os efeitos descritos nos arts. 1.218 a 1.229. De modo semelhante fez o Código Civil Português, de 1966, eis que a responsabilidade por fatos ilícitos e pelo risco consta dos arts. 483º a 510º, ao passo que a decorrente do não cumprimento das obrigações está entre os arts. 790º e 836º. De qualquer forma, já há uma tentativa de unificação na legislação portuguesa, pela previsão da *obrigação de indemnização*, entre os arts. 562º e 572º. De acordo com as lições de Antunes Varela, os trabalhos preparatórios da então nova legislação civil portuguesa colocaram em relevo os pontos de congruência entre os dois tipos de responsabilidade, o que culminou com a elaboração dos citados dispositivos, em um tratamento legal em conjunto no tocante às consequências da responsabilidade.[2]

As codificações brasileiras foram pensadas na mesma esteira dessa *partilha metodológica*, adotando o citado *sistema dualista*. No Código Civil de 1916, a responsabilidade extracontratual, a *obrigação por atos ilícitos*, constava entre os arts. 1.518 e 1.553; a responsabilidade contratual, *as consequências da inexecução das obrigações*, nos arts. 1.056 a 1.058, completados pelos dispositivos relativos às perdas e danos (arts. 1.059 a 1.061) e aos juros legais (arts. 1.062 a 1.064). Isso sem falar no tratamento da cláusula penal, decorrência natural do inadimplemento, que era matéria dos comandos anteriores (arts. 916 a 927). Além da divisão, o conceito estruturante de ato ilícito constava do art. 159 do Código de 1916.

Na codificação brasileira de 2002, melhor organizada, o *Título IX* do *Livro das Obrigações* recebeu o nome "*Da responsabilidade civil*", tratando, a princípio, da responsabilidade extracontratual (arts. 927 a 954), uma vez que o seu dispositivo inaugural faz menção ao ato ilícito (art. 186) e ao abuso de direito (art. 187). De outro modo, a responsabilidade contratual, decorrente do *inadimplemento das obrigações*, consta dos arts. 389 a 420 do CC/2002. Na Parte Geral, assim como no Código Civil anterior, há o conceito de ato ilícito (art. 186), ao lado do de abuso de direito (art. 187), categorias básicas da responsabilidade civil.

Apesar da consolidação dessa *setorização*, como bem afirma Fernando Noronha, a divisão da responsabilidade civil em extracontratual e contratual reflete "um tempo do passado", uma vez que os princípios e regramentos básicos que regem as duas supostas modalidades de responsabilidade civil são idênticos.[3] Em sentido muito próximo, leciona Judith Martins-Costa que há um grande questionamento acerca dessa distinção, "pois não resiste à constatação de que, na moderna sociedade de massas, ambas têm, a rigor, uma mesma fonte, o 'contato social', e obedecem aos mesmos princípios, nascendo de um mesmo fato, qual seja, a violação de dever jurídico preexistente".[4]

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor representa uma superação desse *modelo dual* anterior, unificando a responsabilidade civil. Na verdade, pela Lei Consumerista, pouco importa se a responsabilidade civil decorre de um contrato ou não, pois o tratamento diferenciado se refere apenas aos produtos e serviços, enquadrando-se nos últimos a veiculação de informações pela oferta e publicidade (Capítulo 6 desta obra).[5] Por oportuno, destaque-se que, sem qualquer distinção a

respeito da responsabilidade civil, a Lei 8.078/1990 aplica-se à atual problemática dos *contratos coligados* e dos deveres deles decorrentes, tão comuns no mercado de consumo. Tais negócios estão interligados por um ponto ou nexo de convergência, seja direto ou indireto, presentes, por exemplo, nos contratos de plano de saúde, na incorporação imobiliária ou outros negócios imobiliários, bem como em contratos eletrônicos ou digitais.[6] O tema será repisado e aprofundado no próximo capítulo deste livro.

Como demonstrado exaustivamente no presente estudo, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra como regra a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, frente aos consumidores. Tal opção visa a facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol da *reparação integral dos danos*, constituindo um aspecto material do acesso à justiça. Desse modo, não tem o consumidor o ônus de comprovar a culpa dos réus nas hipóteses de vícios ou defeitos dos produtos ou serviços. Trata-se de hipótese de responsabilidade independente de culpa, prevista expressamente em lei, nos moldes do que preceitua a primeira parte do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, *in verbis:*

> "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Deve ficar bem claro que, como a *responsabilidade objetiva consumerista* é especificada em lei, não se debate a existência ou não de uma atividade de risco, nos termos da segunda parte do comando, que consagra a chamada *cláusula geral de responsabilidade objetiva*. Na verdade, o CDC adotou expressamente a ideia da *teoria do risco-proveito*, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento.

A par dessa forma de pensar, José Geraldo Brito Filomeno apresenta os seguintes pontos fundamentais para justificar a responsabilidade objetiva prevista na Lei 8.078/1990: *a)* a produção em massa; *b)* a vulnerabilidade do consumidor; *c)* a insuficiência da responsabilidade subjetiva; *d)* a existência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades; *e)* o fato de que o fornecedor tem de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com a venda.[7] Relativamente ao último fator, leciona o jurista, mencionando a sua origem romana: "como já de resto diziam os romanos, 'ubi emolumentum ibi onus, ubi commoda, ibi incommoda'; ou seja, quem lucra com determinada atividade que representa um risco a terceiro deve também responder pelos danos que a mesma venha a acarretar".[8] Consigne-se que várias decisões jurisprudenciais fazem menção a tal máxima e à concepção do *risco-proveito* (por todos: TJMG – Apelação Cível 5253483-86.2008.8.13.0702, Uberlândia – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Rogério Medeiros – j. 03.02.2011 – *DJEMG* 15.03.2011; TJSP – Apelação com Revisão 554.789.4/0 – Acórdão 3578545, Santos – Terceira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Egidio Giacóia – j. 07.04.2009 – *DJESP* 08.05.2009; e TJRJ – Apelação Cível 2006.001.48011 – Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Sidney Hartung – j. 13.03.2007).

Pois bem, o Código de Defesa do Consumidor, ao adotar a premissa geral de responsabilidade

objetiva, quebra a regra da responsabilidade subjetiva prevista pelo Código Civil de 2002, fundada na culpa *lato sensu*, que engloba o dolo (intenção de causar prejuízo por ação ou omissão voluntária) e a culpa *stricto sensu* (desrespeito a um dever preexistente, seja ele legal, contratual ou social). Vejamos o quadro com essa confrontação:

Código Civil de 2002	**Código de Defesa do Consumidor**
Regra: Responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa *lato sensu* ou em sentido amplo (arts. 186 e 927, parágrafo único, do CC).	**Regra**: Responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços (arts. 12, 14, 18, 19 e 20 do CDC).
Exceção: Responsabilidade civil objetiva, nos casos especificados em lei ou presente a atividade de risco (art. 927, parágrafo único, do CC). O próprio Código Civil consagra várias hipóteses de responsabilidade objetiva, como nos casos de ato de terceiro (arts. 932 e 933), fato do animal (art. 936) e fato da coisa (arts. 937 e 938).	**Exceção**: Responsabilidade civil subjetiva dos profissionais liberais (art. 14, § 4º, do CDC).

Conforme se retira da exposição acima, a regra da responsabilidade objetiva do Código Consumerista é quebrada em relação aos profissionais liberais que prestam serviço, uma vez que somente respondem mediante a prova de culpa (responsabilidade subjetiva). Enuncia o art. 14, § 4º, da Lei n. 8.078/1990 que "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa". Para caracterização desse profissional liberal, preciosas são as lições de Rizzatto Nunes, no sentido de que devem estar presentes as seguintes características: *a)* autonomia profissional, sem subordinação; *b)* prestação pessoal dos serviços; *c)* elaboração de regras pessoais de atendimento; *d)* atuação lícita e eticamente admitida.[9]

A norma é justificada, visto que os profissionais liberais individuais, assim como os consumidores, estão muitas vezes em posição de vulnerabilidade ou hipossuficiência. Além disso, quando o serviço é prestado por um profissional liberal, há um caráter personalíssimo ou *intuitu personae* na relação jurídica estabelecida, conforme bem expõe Zelmo Denari.[10] Desse modo, a título de exemplo, a responsabilidade pessoal de advogados, dentistas e médicos somente existe no âmbito consumerista se provada a sua culpa, ou seja, o seu dolo – intenção de causar prejuízo – ou a sua culpa, por imprudência (falta de cuidado + ação), negligência (falta de cuidado + omissão) ou imperícia (falta de qualificação geral para desempenho de uma atribuição).

Ato contínuo de estudo, é utilizada, também como justificativa para a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, a premissa da *assunção de uma obrigação de meio ou de diligência*. Nos casos envolvendo os profissionais da área de saúde, caso dos médicos, a responsabilidade subjetiva é expressa pelo art. 951 do Código Civil, *in verbis*: "O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho".

No entanto, há uma questão relevante, controvertida e profunda relativa à obrigação assumida pelos profissionais liberais, notadamente pelos médicos, o que tem relação com a classificação das obrigações quanto ao conteúdo. Tal classificação, em *obrigações de meio e de resultado*, é atribuída a Demogue, conforme aponta a doutrina civilista brasileira.[11] Assim, de acordo com Washington de Barros Monteiro, na obrigação de resultado "obriga-se o devedor a realizar um fato determinado,

adstringe-se a alcançar certo objetivo". Já na obrigação de meio, "o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir-se com prudência, para atingir a meta colimada pelo ato".[12] Muito próxima é a ideia, entre os clássicos, de Rubens Limongi França, que afirma: "obrigações de meio são aquelas em que o devedor se obriga a 'diligenciar' honestamente a realizar um fim, com os meios que dispõe; obrigações de resultado são aquelas em que o devedor se obriga a realizar determinado fim, independentemente da cogitação dos meios".[13]

Como decorrência lógica dessa conclusão conceitual, afirma-se que a *obrigação de meio gera responsabilidade subjetiva, enquanto a de resultado, responsabilidade objetiva ou culpa presumida*.[14] Em certo sentido, a afirmação, no caso brasileiro, parece decorrer da evolução a respeito do contrato de transporte, desde o Decreto-lei n. 2.681, de 1912, que trata da responsabilidade das empresas de estradas de ferro e que passou a ser aplicada por analogia a todos os tipos de transporte. A citada norma previa a culpa presumida das transportadoras, havendo evolução para a responsabilidade sem culpa ou objetiva. Diante da *cláusula de incolumidade* presente no transporte, relativa a uma obrigação de resultado de levar a pessoa ou a coisa até o destino com segurança, a afirmação que relaciona a obrigação de resultado à responsabilidade sem culpa ganhou força no cenário brasileiro.

Do transporte, passou a premissa teórica relativa às obrigações de resultado a atingir os médicos que assumem obrigação de fim, mais especificamente os médicos-cirurgiões plásticos estéticos, no caso de cirurgia embelezadora, conforme várias decisões de nossos Tribunais (por todos: TJSP – Apelação com Revisão 238.350.4/2 – Acórdão 3423421, São Paulo – Décima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Octavio Helena – j. 02.12.2008 – *DJESP* 19.02.2009; TJRS – Acórdão 70022772537, São Borja – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary – j. 10.09.2008 – *DOERS* 16.09.2008, p. 42; TJMG – Apelação Cível 2.0000.00.495907-9/0001, Lavras – Décima Terceira Câmara Cível – Rel. Des. Fábio Maia Viani – j. 1º.11.2007 – *DJEMG* 1º.12.2007; TJPR – Apelação Cível 0241611-3, Londrina – Quinta Câmara Cível – Rel. Juiz Convocado Sérgio Luiz Patitucci – *DJPR* 07.12.2007, p. 124; TJRJ – Acórdão 2007.001.08531 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Maria Inês da Penha Gaspar – j. 21.03.2007; TJDF – Apelação Cível 19990110286579 – Acórdão 141243 – Quinta Turma Cível – Rel. Des. Haydevalda Sampaio – j. 11.06.2001 – *DJU* 15.08.2001, p. 70). Do Superior Tribunal de Justiça pode ser destacada a seguinte ementa:

> "Civil e processual. Cirurgia estética ou plástica. Obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva). Indenização. Inversão do ônus da prova. I. Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II. Cabível a inversão do ônus da prova. III. Recurso conhecido e provido" (STJ – REsp 81.101/PR – Terceira Turma – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 13.04.1999 – *DJ* 31.05.1999, p. 140).

Ademais, cumpre anotar que existem decisões que concluem que o médico tem culpa presumida ao assumir a obrigação de resultado, ou seja, posiciona-se na transição para a responsabilidade sem culpa. Nessa linha, sem prejuízo de julgados dos Tribunais Estaduais no mesmo sentido:

> "Cirurgia estética. Danos morais. Nos procedimentos cirúrgicos estéticos, a responsabilidade do médico é subjetiva com presunção de culpa. Esse é o entendimento da Turma que, ao não conhecer do apelo especial, manteve a condenação do recorrente – médico – pelos danos morais causados ao paciente. Inicialmente, destacou-se a vasta jurisprudência desta Corte no sentido de que é de resultado a obrigação nas cirurgias estéticas, comprometendo-se o profissional com o efeito embelezador

prometido. Em seguida, sustentou-se que, conquanto a obrigação seja de resultado, a responsabilidade do médico permanece subjetiva, com inversão do ônus da prova, cabendo-lhe comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional. Vale dizer, a presunção de culpa do cirurgião por insucesso na cirurgia plástica pode ser afastada mediante prova contundente de ocorrência de fator imponderável, apto a eximi-lo do dever de indenizar. Considerou-se, ainda, que, apesar de não estarem expressamente previstos no CDC o caso fortuito e a força maior, eles podem ser invocados como causas excludentes de responsabilidade dos fornecedores de serviços. No caso, o tribunal *a quo*, amparado nos elementos fático-probatórios contidos nos autos, concluiu que o paciente não foi advertido dos riscos da cirurgia e também o médico não logrou êxito em provar a ocorrência do fortuito. Assim, rever os fundamentos do acórdão recorrido importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal ante a incidência da Súm. n. 7/STJ" (STJ – REsp 985.888-SP – Min. Luis Felipe Salomão – j. 16.02.2012 – publicado no *Informativo 491* do STJ).

"Civil. Processual civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Nulidade dos acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração não configurada. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Dano comprovado. Presunção de culpa do médico não afastada. Precedentes. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da 'vítima' (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ – REsp 236.708/MG – Quarta Turma – Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região) – j. 10.02.2009 – *DJe* 18.05.2009).

De toda sorte, deve-se fazer uma ressalva em relação ao *médico cirurgião plástico reparador*, que não assume obrigação de resultado, mas de meio, sujeitando-se à responsabilidade subjetiva. A atuação de tais profissionais é comum nos casos de acidentes, surgindo a necessidade de prova de culpa para a sua responsabilidade, conforme a melhor jurisprudência (a ilustrar: TJSP – Apelação com Revisão 317.053.4/2 – Acórdão 3248005, Campinas – Terceira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Jesus de Nazareth Lofrano – j. 16.09.2008 – *DJESP* 10.10.2008; TJMG – Acórdão 1.0024.03.038091-9/001, Belo Horizonte – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha – j. 03.08.2006 – *DJMG* 31.08.2006). Na mesma linha, vejamos as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

"Em se tratando de cirurgia plástica estética, haverá, segundo a melhor doutrina, obrigação de resultado. Entretanto, se se tratar de cirurgia plástica reparadora (decorrente de queimaduras, por exemplo), a obrigação do médico será reputada de meio, e a sua responsabilidade excluída, se não conseguir recompor integralmente o corpo do paciente, a despeito de haver utilizado as melhores técnicas disponíveis".[15]

Por fim, quanto às ilustrações, existem outras interpretações jurisprudenciais relativas à obrigação de resultado dos dentistas e de outros profissionais da área da saúde (quanto ao dentista estético: TJRS – Acórdão 70006078000, São Leopoldo – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano – j. 17.11.2004). A jurisprudência superior já concluiu pela presença da obrigação de resultado na atuação do médico responsável pela ultrassonografia, em decisão que encerra polêmica quando exposta:

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Ação de indenização. Erro médico. Diagnóstico de gestação gemelar. Existência de um único nascituro. Dano moral configurado. Exame. Obrigação de resultado. Responsabilidade objetiva. Agravo regimental improvido. I. O exame ultrassonográfico para controle de gravidez implica em obrigação de resultado, caracterizada pela responsabilidade objetiva. II. O erro no diagnóstico de gestação gemelar, quando existente um único nascituro, resulta em danos morais passíveis de indenização. Agravo regimental improvido" (STJ – AgRg no Ag 744.181/RN – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 11.11.2008 – *DJe* 26.11.2008).

Apesar de uma suposta *consolidação* de posicionamento na doutrina e na jurisprudência a respeito do tema, há uma tendência a se reverter tal forma de pensar a respeito do *dueto obrigação de resultado-responsabilidade objetiva*. Isso porque não há qualquer conclusão plausível ou lógico-intuitiva que chegue à dedução de que a obrigação de resultado deve gerar uma responsabilidade sem culpa. Ato contínuo, há quem entenda que não se pode presumir que o médico cirurgião estético oferece uma obrigação de resultado. A propósito de uma revisão conceitual pelo último caminho, vejamos as palavras da Professora Titular da Faculdade de Direito da USP Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

"Cada um de nós sabe – sem sombra de dúvida – que o valor humano relativo ao padrão de beleza é um valor que gera uma expectativa, e até uma esperança, que não pode ser totalmente satisfeita. Dificilmente alguém se reconhece plenamente satisfeito acerca de seu próprio perfil estético; ora o tipo de cabelo, ora a cor dos olhos, ora o contorno da face... sempre há um certo aspecto que gostaríamos de alterar, se possível. E isto gera o sonho. E o sonho, a expectativa. E a expectativa, a decisão pela cirurgia. E dela, em tantas vezes, a frustração em face do resultado obtido, ainda que tudo tenha se dado dentro dos perfeitos parâmetros da eficiência técnica e da diligência médica. O que fazer, num caso assim, em sede de responsabilidade civil do cirurgião? Ele é responsável pela frustração do paciente, ainda quando o tenha preparado convenientemente e tenha, principalmente, dedicado sua maior e melhor atuação técnica.

Nesse passo, já há uma parte da doutrina e jurisprudência posicionando-se em sentido diverso, ou seja, entendendo configurar-se em obrigação de meio este tipo de atividade médica, a cirurgia estética.

Caminhar-se-á, quiçá, por um mar de injustiças caso o comportamento da jurisprudência não se altere, permanecendo predominante a tese da responsabilidade (independente de culpa) do cirurgião plástico e do anestesista, pois cada caso é um caso, e cada paciente apresenta um histórico e um quadro clínico distinto de outro, o que inadmite, no meu sentir, a generalização do assunto pela objetivação da responsabilidade."[16]

Da mesma forma, propondo a revisão, alude Paulo Lôbo que "é irrelevante que a obrigação profissional liberal classifique-se como de meio ou de resultado. Pretendeu-se que, na obrigação de meio, a responsabilidade dependeria da demonstração antecipada da culpa; na obrigação de resultado, a inversão do ônus da prova seria obrigatória. Não há qualquer fundamento para tal discriminação, além de prejudicar o contratante, que estaria com o ônus adicional de demonstrar ser de resultado a obrigação do profissional".[17]

Ainda em sede doutrinária, destaque-se o excelente trabalho monográfico de Pablo Renteria, fruto de sua dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da UERJ, propondo uma revisitação crítica dos conceitos expostos.[18]

Na jurisprudência podem ser encontrados julgados que concluem que, mesmo havendo obrigação de resultado, a responsabilidade do médico continua sendo subjetiva, por incidência dos termos expressos da norma jurídica. Do Superior Tribunal de Justiça, ementa recente:

"Recurso especial. Responsabilidade civil. Erro médico. Art. 14 do CDC. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Caso fortuito. Excludente de responsabilidade. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas

obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em 'termo de consentimento informado', de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ – REsp 1.180.815/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 19.08.2010 – *DJe* 26.08.2010).

De fato, em termos gerais, a responsabilidade objetiva somente pode decorrer de lei ou de uma atividade de risco desempenhada pelo autor do dano, o que é retirado do art. 927, parágrafo único, do CC/2002, antes transcrito. Definitivamente, a responsabilidade objetiva dos profissionais médicos e afins, pelos termos do CC/2002 e do CDC – em *diálogo das fontes* –, é subjetiva, e não objetiva. Assim, não há como enquadrá-los na primeira parte do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Nesse sentido, resta a dúvida se os profissionais que desenvolvem obrigação de resultado podem ser enquadrados na segunda parte do comando legal, ou seja, na aclamada *cláusula geral de responsabilidade objetiva*, em decorrência de uma atividade de risco *normalmente* desempenhada. Há quem entenda por tal subsunção, como é o caso de Claudio Luiz Bueno de Godoy.[19]

Todavia, a construção jurídica merece ressalva, mormente nos casos em que há cirurgia plástica estética, uma vez que a iniciativa do risco não é do profissional, mas do paciente. Em outras palavras, é o último quem procura a situação arriscada, geralmente por uma questão de satisfação pessoal. Em reforço, a realização de uma intervenção médica não é um ato *normal*, podendo-se dizer que, em regra, o risco está na busca pela cirurgia plástica estética. A depender das condições gerais da pessoa a ser operada, esse risco pode ser acentuado, fato que pode configurar o perigo. Em todos os casos, repise-se, por iniciativa do próprio paciente, consumidor.

De qualquer maneira, a persistir a conclusão da responsabilidade sem culpa, o novo enquadramento está na atividade de risco, e não na obrigação de resultado, sendo esse um caminho melhor a ser percorrido tecnicamente. Em suma, o médico cirurgião plástico estético irá responder pelo risco da atividade, e não pelo risco profissional. A encerrar o presente tópico, aquelas antigas deduções antes fixadas a respeito das obrigações de meio e de resultado merecem mesmo um novo dimensionamento, com novas reflexões pela doutrina e pela jurisprudência.

4.2. ANÁLISE DOS CASOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

4.2.1. As quatro hipóteses tratadas pela Lei 8.078/1990 em relação ao produto e ao serviço. Vício *versus* fato (defeito). Panorama geral e a questão da solidariedade

Como antes exposto, o Código de Defesa do Consumidor concentra a abordagem da responsabilidade civil no produto e no serviço. Nesse contexto, surgem a responsabilidade pelo vício ou pelo fato, sendo o último também denominado de *defeito*. Desse modo, *quatro* são as situações básicas de responsabilidade civil tratadas pela Lei Consumerista:

– Responsabilidade pelo vício do produto.

– Responsabilidade pelo fato do produto (defeito).

– Responsabilidade pelo vício do serviço.

– Responsabilidade pelo fato do serviço (defeito).

Tal divisão é fundamental para compreender a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, podendo ser encontrada nas páginas da melhor doutrina.[20] Cumpre relevar, de imediato, que existem diferenças bem claras a respeito dos seus efeitos e das atribuições de responsabilidades.

Antes de se demonstrar tais decorrências, é preciso diferenciar o *vício* do *fato* ou *defeito*. No *vício* – seja do produto ou do serviço –, o problema fica adstrito aos limites do bem de consumo, sem outras repercussões (*prejuízos intrínsecos)*. Por outra via, no *fato ou defeito* – seja também do produto ou serviço –, há outras decorrências, como é o caso de outros danos materiais, de danos morais e dos danos estéticos (*prejuízos extrínsecos*). Anote-se que as expressões destacadas são utilizadas com tom didático interessante por Leonardo de Medeiros Garcia.[21]

De outra forma, pode-se dizer que, quando o dano permanece nos limites do produto ou serviço, está presente o vício. Se o problema extrapola os seus limites, há fato ou defeito, presente, no último caso, o acidente de consumo propriamente dito. Vejamos alguns exemplos concretos.

De início, determinado consumidor compra um ferro de passar roupas. Certo dia, passando uma camisa em sua casa, o aparelho explode, não atingindo nada nem ninguém. Nesse caso, está presente o *vício do produto*. Por outra via, se o mesmo eletrodoméstico explode, causando danos físicos no consumidor, há *fato do produto* ou *defeito*.

Como segunda ilustração, alguém para o seu veículo em uma ladeira. Porém, o sistema de frenagem do automóvel apresenta problemas e o mesmo desce a ladeira, sem atingir nada ou ninguém (vício do produto). Se o veículo descer a ladeira e atingir uma pessoa ao final da descida, está presente o fato do produto ou defeito.

Ainda, alguém contrata um jardineiro para cortar a grama de sua casa. Se o serviço não for prestado a contento, é evidente o vício do serviço. Se o jardineiro matar o cão de estimação do consumidor, flagrante o fato do serviço ou defeito.

Como quarto exemplo, um consumidor contrata um encanador para um conserto em sua casa. Se o problema não é sanado, há vício do serviço. Se o encanador falhar, causando um grave dano na residência do consumidor, presente o fato do serviço ou defeito.

Por fim, o caso concreto criado por Rizzatto Nunes para a diferenciação das categorias pode até parecer surreal. Todavia, há uma forte carga didática na ilustração, tanto que o presente autor a utiliza há mais de uma década em sala de aula.[22] Vejamos. Dois consumidores adquirem dois liquidificadores em uma loja de departamentos e resolvem utilizar o produto para fazer um bolo. Quando o primeiro liga o aparelho, o motor estoura, fazendo com que a pá de liquidificação fure o copo e atinja a barriga do consumidor, que é hospitalizado. Na situação, está presente o fato do produto ou defeito. A segunda consumidora liga o seu aparelho e os mesmos fatos acontecem. Porém, a pá do liquidificador fura o copo, mas não atinge o consumidor, estando evidenciado o vício do produto. Então, arremata o jurista: "No primeiro caso, ele sofreu acidente de consumo. É defeito. No segundo, ela nada sofreu. Apenas o liquidificador deixou de funcionar. É vício".[23] Como

contribuição, repise-se que basta imaginar que a pá é o problema referente ao bem de consumo. *Se o problema permanece nos limites do produto, há vício. Se romper as suas esferas, há fato ou defeito (acidente de consumo)*.

Feitas tais elucidações por meio de concreções, a primeira diferença em relação ao vício e ao fato se refere às pessoas legitimadas a responder as situações correspondentes. Como já ficou claro, o Código de Defesa do Consumidor adota a regra geral da solidariedade presumida entre os envolvidos no fornecimento dos produtos e na prestação de serviços. De início, lembre-se que essa solidariedade pode ser retirada do art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.078/1990, conforme expõe a melhor doutrina.[24]

A ideia de solidariedade é ainda abstraída do sentido dos arts. 14, 18, 19 e 20 da Lei Consumerista, eis que o Código do Consumidor Brasileiro representa uma das principais rupturas do *modelo dual de responsabilidade* – contratual e extracontratual. Sendo assim, a solidariedade é a regra, no contrato ou fora dele, em caso de haver uma relação jurídica de consumo, conforme reconhecem várias decisões do Superior Tribunal de Justiça (para ilustrar, sem prejuízo de outros acórdãos: STJ – REsp 547.794/PR – Quarta Turma – Rel. Min. Maria Isabel Gallotti – j. 15.02.2011 – *DJe* 22.02.2011; STJ – AgRg no REsp 1.124.566/AL – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 23.11.2010 – *DJe* 06.12.2010; STJ – REsp 1.190.772/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 19.10.2010 – *DJe* 26.10.2010).

Fazendo a devida comparação, no *sistema civil puro*, fora das relações consumeristas, o art. 265 do CC/2002 incide na responsabilidade civil contratual, enquanto o art. 942, na codificação para a responsabilidade civil extracontratual. O art. 265 do Código dispõe que a solidariedade não se presume, decorre da lei (solidariedade legal) ou da vontade das partes (solidariedade convencional). Por outra via, de acordo com o art. 942 da codificação, os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado. Se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Em complemento, de acordo com o seu parágrafo, são solidariamente responsáveis com os autores os coautores do ato e as pessoas designadas no art. 932 da mesma norma. Insta saber se a última regra traz uma presunção de solidariedade, assim como o Código do Consumidor, e a resposta parece ser negativa. Isso porque, em regra, ao contrário do que ocorre com as relações consumeristas, não há na relação civil uma cadeia de *partes hiperssuficientes*, em detrimento do consumidor vulnerável.

Pois bem, como visto, quatro são as hipóteses de responsabilidade civil prevista pelo Código de Defesa do Consumidor: *a)* responsabilidade pelo vício do produto; *b)* responsabilidade pelo fato do produto ou defeito*; c)* responsabilidade pelo vício do serviço; *d)* responsabilidade pelo fato do serviço ou defeito. *Em três delas, há a solução da solidariedade, respondendo todos os envolvidos com o fornecimento ou a prestação. Em uma delas, a solidariedade não se faz presente*. A diferenciação não é claramente difundida perante o público jurídico nacional. Tanto isso é verdade que muitos erros são cometidos na prática, sendo ouvidos com frequência nas salas de aula.

A exceção à solidariedade atinge o *fato do produto* ou *defeito*, pelo que consta dos arts. 12 e 13 da Lei 8.078/1990. Isso porque ambos os comandos consagram a *responsabilidade imediata do fabricante* – ou de quem o substitua nesse papel – e a *responsabilidade subsidiária do comerciante*. É a redação do *caput* do primeiro comando legal:

"Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos".

O comerciante tem responsabilidade mediata, somente respondendo nas hipóteses previstas no art. 13 da Lei 8.078/1990, *in verbis:* "O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis". Vejamos, sucessivamente.

A primeira situação prevista refere-se ao fato de o fabricante ou o seu substituto não poder ser identificado, transferindo-se a responsabilidade ao comerciante. Como bem aponta Luiz Antonio Rizzatto Nunes, a norma tem incidência para as hipóteses em que há venda de produtos a granel, nas feiras e nos supermercados: "O feirante adquire no atacadista – que já é outro comerciante, distribuidor, vulgarmente chamado de atravessador –, quilos de batatas, de diversas origens e os coloca à venda. Elas podem inclusive ser vendidas misturadas. O mesmo acontece com praticamente todos os produtos hortifrutigranjeiros".[25]

A segunda hipótese trata da situação em que o produto é fornecido sem a identificação clara de quem seja o fabricante ou o seu substituto. Aqui, a lesão ao dever de informar relacionado à boa-fé objetiva transfere a responsabilidade ao comerciante, diante de uma relação de confiança estabelecida.

Por fim, o terceiro caso é aquele em que o comerciante não conserva de forma adequada os produtos perecíveis, clara situação de culpa, por desrespeito a um dever legal ou contratual – ou seja, de responsabilidade subjetiva do comerciante, o que gera a transferência do dever de indenizar. Ilustrando, imagine-se que um supermercado tem o mau costume de desligar as suas geladeiras para economizar energia, gerando estrago dos alimentos que serão consumidos e, consequentemente, problemas de saúde nos consumidores. Na hipótese descrita, a responsabilidade, sem dúvida, será do comerciante, do supermercado.

Cumpre destacar que o entendimento majoritário da doutrina é no sentido de sustentar a responsabilidade subsidiária do comerciante, assim posicionando-se, por exemplo: Zelmo Denari, Leonardo de Medeiros Garcia, Gustavo Tepedino, Maria Helena Diniz, Sérgio Cavalieri Filho, Roberto Senise Lisboa, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Fillho, Cristiano Heineck Schmitt, Paulo Roque Khouri, Paulo de Tarso Sanseverino, Carlos Roberto Gonçalves e Sílvio de Salvo Venosa.[26]

A jurisprudência nacional do mesmo modo tem aplicado esse sentido de forma constante, em julgados que reconhecem a ilegitimidade passiva do comerciante em ações contra ele propostas diretamente, em hipóteses de não enquadramento no art. 13 do CDC. Para ilustrar, por todos os inúmeros julgados:

"Apelação cível. Responsabilidade civil. Explosão de bateria de celular. Acidente de consumo. Fato do produto. Ilegitimidade passiva da ré comerciante. Reconhecimento. Em se tratando de acidente de consumo pelo fato do produto, o comerciante só pode ser responsabilizado diretamente em casos específicos, pois não se enquadra no conceito de fornecedor (art. 12 do CDC), para fins de responsabilidade solidária. Como vem defendendo a esmagadora doutrina especializada, a responsabilidade do

comerciante é subsidiária, e não solidária, tal como estabelecido na sentença. Ilegitimidade passiva do comerciante reconhecida, já que identificado o fornecedor do produto defeituoso. Apelação provida" (TJRS – Acórdão 70026053116, Porto Alegre – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi – j. 11.03.2009 – *DOERS* 19.03.2009, p. 43).

"Indenizatória. Defeitos em veículo. Responsabilidade pelo fato do produto. [...] Ilegitimidade *ad causam*. Indenizatória. Defeitos em veículo. Ação ajuizada contra comerciante, vendedor do automóvel com vício de fabricação. Responsabilidade pelo fato do produto. Art. 13 do Código de Defesa do Consumidor. Inocorrência das hipóteses em que o comerciante responde solidariamente. Ilegitimidade passiva reconhecida. Recurso provido para tal fim" (1º TAC-SP – Recurso 1066838-7 – Décima Câmara – Rel. Juiz Ary Bauer – j. 26.03.2002).

"Comerciante. Responsabilidade. Código de Defesa do Consumidor. Fato do produto. Diferenciação entre fato do produto e vício do produto. Hipótese em que o fabricante está identificado e em que não se alegou falha na conservação. Ilegitimidade passiva. Agravo provido para extinguir o processo. Como nesta ação a autora, alegando ter adquirido e consumido iogurtes impróprios para o consumo, pede indenização pelos gastos médicos e danos morais sofridos, é o fato do produto quem a fundamenta. Nela, portanto, o comerciante somente se responsabiliza se não identificado o fabricante ou se suceder falha na conservação do produto. Não sucedida a primeira hipótese e não alegada a segunda, não se verifica sequer em tese a responsabilidade do agravante, impondo-se a extinção do processo em relação a ela sem julgamento do mérito" (TJSP – Agravo de Instrumento 190.164-4, Osasco – Décima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Mauricio Vidigal – j. 20.03.2001).

Porém, a questão está longe de ser unânime, entendendo alguns doutrinadores pela existência da solidariedade também no fato do produto. Nesse sentido, opinam Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem, no sentido de que, "Considerando que o *caput* do art. 13 impõe a aplicação do art. 12 também para o comerciante, podemos concluir que, nestes casos, a sua responsabilidade solidária é a mesma do fabricante, oriunda de uma imputação objetiva, dependendo somente do defeito e do nexo causal entre defeito e dano".[27] Do mesmo modo conclui Rizzatto Nunes.[28] Deve ficar claro, todavia, que esta última conclusão não é a majoritária no sistema nacional consumerista.

Da nossa parte, ao analisar a realidade legal brasileira, não há dúvida de que *foi adotada a responsabilidade subsidiária em relação aos comerciantes no fato do produto*. De toda sorte, mesmo concluindo-se que há lesão ao princípio do protecionismo dos consumidores – retirado do art. 1º da Lei 8.078/1990 e do art. 5º, XXXII, da CF/1988 –, nota-se que foi uma opção do legislador retirar a responsabilidade direta dos comerciantes, uma vez que, na maioria das vezes, os defeitos se referem à fabricação, e não à comercialização. Deve ficar consignado, *de lege ferenda*, que essa não parece ser a solução mais justa em muitas hipóteses, mormente se houver dificuldade de prova em relação ao fato danoso, o que pode representar uma prova maligna, diabólica.

Para ilustrar tal dificuldade, pense-se no caso em que um consumidor comprou um iogurte estragado e, ao ingeri-lo, teve uma intoxicação, ficando internado por vários dias. Está presente, no caso descrito, o fato do produto ou defeito. Contra quem deve ser proposta a demanda? Em um primeiro momento, contra o fabricante, nos termos do art. 12 do CDC. Entretanto, pode o fabricante provar que houve culpa exclusiva do comerciante – no caso, o supermercado –, que não armazenou o iogurte de forma adequada, excluindo a sua responsabilidade (art. 12, § 3º, III, da Lei 8.078/1990). Se a ação for proposta na Justiça Comum – não no Juizado Especial Cível –, a sentença de improcedência gerará a condenação do consumidor pelos ônus da sucumbência (art. 20 do CPC). O fim da história será semelhante no caso de propositura contra ambos – fabricante e comerciante –, sendo a ação julgada procedente apenas contra um deles.

Observe-se, portanto, que, dentro da técnica processual, o melhor caminho exposto ao

consumidor no caso de dúvida é ingressar com uma medida cautelar de produção de prova ou mesmo com uma ação autônoma para provar o fato.[29] Isso dificulta em muito a sua vitória judicial, ferindo o próprio espírito da Lei Consumerista, que veio para facilitar o caminho processual dos vulneráveis negociais. Tanto isso é verdade, que a Lei Protetiva veda a denunciação da lide nas hipóteses de fato do produto, nos termos do seu art. 88, que assim determina: "Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônoma, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide".

Feito esse esclarecimento inicial, pode ser elaborado o seguinte quadro elucidativo a respeito da presença ou não da solidariedade:

RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO.	*HÁ SOLIDARIEDADE ENTRE FABRICANTE E COMERCIANTE.*
RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO OU DEFEITO.	*NÃO HÁ SOLIDARIEDADE ENTRE FABRICANTE E COMERCIANTE.* *PRESENTE UMA REPONSABILIDADE DIRETA OU IMEDIATA DO FABRICANTE E UMA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA OU MEDIATA DO COMERCIANTE.*
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO VÍCIO DO SERVIÇO.	*HÁ SOLIDARIEDADE ENTRE TODOS OS ENVOLVIDOS NA PRESTAÇÃO.*
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO SERVIÇO.	*HÁ SOLIDARIEDADE ENTRE TODOS OS ENVOLVIDOS NA PRESTAÇÃO.*

Superado esse ponto, vejamos as consequências pontuais e efeitos presentes em cada uma das hipóteses de responsabilidade civil expostas no quadro acima, o que inclui os prazos correspondentes para se pleitear os direitos.

4.2.2. Responsabilidade civil pelo vício do produto

De início, há a responsabilidade por *vício do produto* (art. 18 da Lei 8.078/1990), presente quando existe um problema oculto ou aparente no bem de consumo, que o torna impróprio para uso ou diminui o seu valor, tido como um *vício por inadequação*. Em casos tais, repise-se, não há repercussões fora do produto, não se podendo falar em responsabilização por outros danos materiais – além do valor da coisa –, morais ou estéticos. Em suma, lembre-se que no vício o problema permanece no produto, não rompendo os seus limites. A título de ilustração, o § 6º do art. 18 do CDC lista algumas situações em que o vício do produto está presente, em rol exemplificativo, pois os bens são considerados impróprios para uso e consumo:

I) Os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos, o que atinge os produtos perecíveis adquiridos em mercados e lojas do gênero.

II) Os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.

III) Os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam. Como exemplo, cite-se um brinquedo que pode causar danos às crianças.

Deve ficar claro que o vício do produto não se confunde com as deteriorações normais decorrentes do uso da coisa. Sendo assim, para a caracterização ou não do vício deve ser considerada a *vida útil* do produto que está sendo adquirido. Conforme se extrai de trecho de publicação constante do *Informativo 506* do STJ, "O fornecedor responde por vício oculto de produto durável decorrente da própria fabricação e não do desgaste natural gerado pela fruição ordinária, desde que haja reclamação dentro do prazo decadencial de noventa dias após evidenciado o defeito, ainda que o vício se manifeste somente após o término do prazo de garantia contratual, devendo ser observado como limite temporal para o surgimento do defeito o critério de vida útil do bem. O fornecedor não é, *ad aeternum*, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita, pura e simplesmente, ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio" (STJ – REsp 984.106/SC – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 04.10.2012). A título de exemplo, não pode o comprador de um veículo alegar que o pneu está careca após cinco anos de uso, não havendo vício do produto em casos tais. Anote-se que o PL 283/2012, mais uma vez, pretende incluir norma a respeito da *vida útil*, acrescentando novo parágrafo no art. 26, no sentido de esse critério ser considerado para os devidos fins de enquadramento dos vícios do produto ou do serviço.

Não se pode esquecer, ademais, que, no vício do produto, há *solidariedade* entre todos os envolvidos com o fornecimento, caso do fabricante, do produtor e do comerciante. Assim sendo, correto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que responsabiliza a instituição financeira juntamente com a construtora, por vícios na construção do imóvel, cuja obra foi financiada com recursos do Sistema Financeiro de Habitação: "Recurso especial. Sistema financeiro da habitação. Vícios na construção de imóvel cuja obra foi financiada. Legitimidade do agente financeiro. 1. Em se tratando de empreendimento de natureza popular, destinado a mutuários de baixa renda, como na hipótese em julgamento, o agente financeiro é parte legítima para responder, solidariamente, por vícios na construção de imóvel cuja obra foi por ele financiada com recursos do Sistema Financeiro da Habitação. Precedentes. 2. Ressalva quanto à fundamentação do voto-vista, no sentido de que a legitimidade passiva da instituição financeira não decorreria da mera circunstância de haver financiado a obra e nem de se tratar de mútuo contraído no âmbito do SFH, mas do fato de ter a CEF provido o empreendimento, elaborado o projeto com todas as especificações, escolhido a construtora e o negociado diretamente, dentro de programa de habitação popular. 3. Recurso especial improvido" (STJ – REsp 738.071/SC – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Quarta Turma – j. 09.08.2011 – *DJe* 09.12.2011).

A conclusão deveria ser a mesma no tocante à instituição financeira que financia contrato para a aquisição de veículo por consumidor. Porém, infelizmente, há julgado da mesma Corte que exclui a sua responsabilidade pelo vício do produto, na seguinte linha: "Por certo que o banco não está obrigado a responder por defeito de produto que não forneceu tão somente porque o consumidor adquiriu-o com valores obtidos por meio de financiamento bancário. Se o banco fornece dinheiro, o consumidor é livre para escolher o produto que lhe aprouver. No caso de o bem apresentar defeito, o comprador ainda continua devedor da instituição financeira. Não há relação de acessoriedade entre o contrato de compra e venda de bem de consumo e o de financiamento que propicia numerário ao consumidor para aquisição de bem que, pelo registro do contrato de alienação fiduciária, tem sua propriedade transferida para o credor" (STJ – REsp 1.014.547/DF – Rel. Min. João Otávio de Noronha – Quarta Turma – j. 25.08.2009 – *DJe* 07.12.2009). Há uma clara contradição entre os

arestos – este e o anterior –, sendo certo que o primeiro entendimento deve prevalecer, como aplicação direta da solidariedade consumerista. Quanto à falta de acessoriedade mencionada pelo último acórdão, parece tratar-se de um equívoco, eis que sem o financiamento, por certo, o negócio não se realizaria.

Vistas tais concretizações, ressalte-se que a lei estabelece duas exceções internas bem específicas a respeito da solidariedade no vício do produto.

A *primeira exceção* tem relação com os produtos fornecidos *in natura*, respondendo perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor (art. 18, § 5º, do CDC). Para concretizar a norma, se alguém adquire uma maçã estragada em uma feira livre, a responsabilidade, em regra, será do feirante. Porém, se na maçã constar o selo do produtor, o que é bem comum, o último responderá pelo vício.

Como *segunda exceção*, determina o § 2° do art. 19 que o fornecedor imediato – no caso, o comerciante – será responsável pelo vício de quantidade quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais. O desrespeito à lealdade negocial, à boa-fé objetiva, acaba por gerar a sua responsabilidade pessoal, afastando o dever de reparar o fabricante. A título de exemplo, se há um problema na balança do mercado, que está adulterada, a responsabilidade será do comerciante e não do produtor ou fabricante.

Estabelece o art. 18, *caput*, do CDC que "Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem *solidariamente* pelos *vícios de qualidade* ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas" (com destaques do autor). Como se nota, tal comando consagra e descreve os chamados *vícios de qualidade do produto*. Ilustre-se com a hipótese de um veículo que não funciona de forma adequada, como espera o consumidor (STJ – REsp 991.985/PR – Segunda Turma – Rel. Min. Castro Meira – j. 18.12.2007 – *DJ* 11.02.2008, p. 84). Pode ainda ser citada a situação do imóvel adquirido de um profissional que apresente sério problema no encanamento, pois utilizado material diverso do esperado (TJRS – Recurso Cível 71001577337, Porto Alegre – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Heleno Tregnago Saraiva – j. 17.07.2008 – *DOERS* 22.07.2008, p. 104).

Mas não é só, uma vez que o art. 19 da Lei 8.078/1990 trata dos *vícios de quantidade*, do mesmo modo a gerar a solidariedade, enunciando que "Os fornecedores respondem *solidariamente* pelos *vícios de quantidade do produto* sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária" (mais uma vez, o presente autor destacou). A título de exemplos, cite-se a hipótese de uma goiabada que tem menos conteúdo do que consta da embalagem; ou do pacote com rolos de papel higiênico com menor metragem do que o previsto. Ainda, a situação de uma máquina de lavar roupas que suporta menos do que os dez quilos acordados (TJRS – Recurso Cível 71002590800, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Jerson Moacir Gubert – j. 29.07.2010 – *DJERS* 06.08.2010).

Pois bem, nos casos de vícios de qualidade, prevê o § 1° do art. 18 do CDC que, não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias pelo fornecedor, pode o consumidor ingressar em juízo

para exercício das opções dadas pela norma, e que ainda serão estudadas. Observa-se que a própria lei concede ao fornecedor o direito de sanar o problema em trinta dias da sua reclamação. *Trata-se de um dos poucos dispositivos no Código Consumerista que traz um direito fundamental do fornecedor de produtos*. O prazo previsto tem natureza decadencial, caducando o direito ao final do transcurso do tempo.

Surge então a indagação: quais são as consequências caso o consumidor não respeite tal direito do fornecedor? Na doutrina, em profundo estudo, José Fernando Simão aponta que a corrente majoritária, a qual estão filiados Odete Novais Carneiro Queiroz, Alberto do Amaral Jr., Zelmo Denari, Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva e Luiz Antonio Rizzatto Nunes, reconhece que se o consumidor não respeitar tal prazo de trinta dias, não poderá fazer uso das medidas previstas nos incisos do comando legal, caso da opção de resolução do contrato.[30] Muito próximo, esclarece Leonardo Roscoe Bessa que o art. 18, § 1º, do Código Consumerista tem ampla aplicação nos casos em que se configura o abuso de direito por parte do consumidor.[31] Nessa linha, tem aplicação em face do consumidor o art. 187 do CC/2002, segundo o qual também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé objetiva e pelos bons costumes. Em um sadio *diálogo* entre as normas, nota-se que o consumidor que não respeito tal prazo não atenta para o dever de colaboração negocial decorrente da boa-fé objetiva.

Na jurisprudência, o prazo de trinta dias é também apontado como um direito do fornecedor (por todos: TJSP – Agravo de Instrumento 1102616000 – Rel. Rocha de Souza – j. 17.05.2007 – registro 17.05.2007). Existem julgados concluindo pela carência de ação, por falta de adequação e interesse de agir, em casos em que o consumidor não respeita esse prazo de trinta dias para a solução do vício. Nesse sentido, parecendo ser a melhor solução:

> "Consumidor. Vício do produto. Faculdade do fornecedor de sanar o vício no prazo de 30 dias. Impossibilidade no caso concreto do uso imediato pelo consumidor das alternativas postas à disposição pelo art. 18, § 1º, do CDC. Ausência de prova mínima quanto ao fato de ter sido oportunizado o conserto. Sentença mantida. Carência de ação. Recurso improvido" (TJRS – Recurso Cível 71002384907, Rio Pardo – Segunda Turma Recursal Cível – Rel. Des. Vivian Cristina Angonese Spengler – j. 14.07.2010 – *DJERS* 22.07.2010).

> "Consumidor. Vício do produto. Omissão de pedido de conserto na assistência técnica. Hipótese em que não foi conferida ao fornecedor a possibilidade de sanar o vício. Carência de ação decretada. Extinção do processo sem resolução do mérito. Recurso provido" (TJRS – Recurso Cível 71001106194, Guaíba – Segunda Turma Recursal Cível – Rel. Mylene Maria Michel – j. 24.01.2007).

Consigne-se que a jurisprudência também reconhece ser o caso de improcedência, entrando no mérito da questão e afastando o direito material à resolução contratual ou à troca do produto pelo vício:

> "Indenizatória c/c obrigação de fazer. Direito do consumidor. Vício do produto. Autora que pretende a troca por um produto de outra marca. Concretamente, não se discutiu a veracidade dos fatos narrados ou mesmo a ocorrência de defeito no aparelho de DVD que foi adquirido pela autora. Na verdade, o fundamento que embasou a sentença de improcedência, ora recorrida, foi a não concessão por parte da autora de oportunidade para que as rés sanassem o defeito. O Código de Defesa do Consumidor estabelece alguns direitos aos fornecedores de bens e serviços, suficientes e necessários a evitar um desequilíbrio exagerado em desfavor dos mesmos. O § 1º, do art. 18, do CODECON concede um prazo de trinta dias para que o comerciante ou o fabricante sane o defeito apresentado pelo bem colocado no mercado, garantindo ao consumidor, depois de expirado o referido prazo, a substituição do produto ou a devolução do valor pago, entre outras medidas. Portanto, correto o fundamento adotado pelo

sentenciante monocrático, no sentido de que os pedidos formulados pela autora somente seriam cabíveis depois de concedido o prazo da Lei para a solução dos defeitos. Apelo improvido" (TJRJ – Apelação 2009.001.05283 – Décima Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Celso Ferreira Filho – j. 14.04.2009 – *DORJ* 30.04.2009, p. 172).

"Consumidor. Pleito de restituição das quantias pagas. Alegada publicidade enganosa. Aquisição de máquina de fazer pão. Produto que não apresentou funcionamento de acordo com sua publicidade. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 18, § 1º, estabelece o prazo máximo de 30 dias para que o comerciante/fornecedor possa sanar o vício existente no produto. Não tendo o consumidor encaminhado o produto para a assistência técnica, a fim de verificar a real existência do defeito alegado, descabe o pedido de restituição do valor do mesmo. Recurso desprovido" (TJRS – Recurso Cível 71001132851, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Relator Eugênio Facchini Neto – j. 12.12.2006).

Com o devido respeito, este autor não está filiado ao entendimento esposado nas duas últimas ementas, pois elas afastam um direito material do consumidor ao ingressarem no mérito da questão. Na verdade, a melhor solução é mesma a carência de ação, dando-se nova oportunidade para o consumidor prejudicado demandar em juízo.

Outro ponto relevante refere-se à devolução do produto pelo fornecedor dentro do prazo de trinta dias, mas sem a resolução do problema. Ora, em situações tais, considera-se o vício não sanado como sendo um novo, não estando prejudicado qualquer direito do consumidor.[32] Destaque-se que a situação descrita é muito comum em casos concretos relativos a automóveis, repetindo-se na prática a hipótese em que a concessionária entrega o veículo ainda com vício, ou com outro problema.

Superados esses importantes aspectos, nos termos do § 2° do art. 18 do CDC, podem as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo decadencial previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, aqueles com conteúdo imposto por uma das partes, a *cláusula de prazo* deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

Em algumas hipóteses, não há necessidade de o consumidor respeitar o prazo de trinta dias, podendo fazer uso imediato das opções dadas em lei. Vejamos essas três hipóteses:

1ª) Quando, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto. Exemplo: problema atinge um componente de um veículo que somente pode ser substituído pelo fabricante.

2ª) Diante da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder gerar a diminuição substancial do valor da coisa. Exemplo: um problema atingiu o veículo e ele não mais funciona, tornando-se um bem de consumo imprestável.

3ª) Quando se tratar de produto essencial. Exemplo: o veículo é utilizado como instrumento de trabalho por um taxista. Ainda para ilustrar, cite-se o caso do eletrodoméstico comprado especialmente para ser utilizado pelo consumidor quando de suas férias (TJRS – Recurso Cível 71002225001, Porto Alegre – Segunda Turma Recursal Cível – Rel. Des. Fernanda Carravetta Vilande – j. 21.10.2009 – *DJERS* 03.11.2009, p. 96). Ato contínuo de exposição, o Ministério Público Federal entende que o aparelho celular é um bem essencial, o que realmente parece ser o correto (Enunciado n. 8 da 3.ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal). Na opinião do presente autor, a expressão *produto essencial* merece interpretação extensiva, de acordo com a realidade social brasileira, sempre visando à tutela efetiva dos direitos dos consumidores.

As opções judiciais a que tem direito o consumidor nos casos de vícios do produto constam dos arts. 18 e 19 da Lei 8.078/1990. O primeiro dispositivo consagra tais prerrogativas havendo *vício de qualidade*, podendo o consumidor exigir, alternativamente, de acordo com a sua livre escolha:

I) A substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso. Tendo o consumidor optado por essa alternativa, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço (art. 18, § 4º, do CDC). Exemplo: o veículo apresenta vício no seu funcionamento. Pode o consumidor pleitear outro veículo da concessionária onde o adquiriu. Não havendo unidade do

mesmo modelo, poderá pleitear um equivalente, tendo direito a eventual diferença no preço.

II) A restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. A solução é pela resolução do negócio celebrado, com a devolução do valor pago, o que compõe as perdas e danos, nos termos do art. 402 do CC (pela menção ao que efetivamente se perdeu). Impropriamente, a norma faz menção às perdas e danos em separado, o que deve ser visto com ressalvas, pois, presentes outros prejuízos, haverá fato do produto e não vício.

III) O abatimento proporcional do preço. Exemplo: se houve um problema estrutural no automóvel e o consumidor fez a opção em consertá-lo por conta própria, terá direito ao valor que teve que desembolsar pelo reparo. Cite-se, ainda, o abatimento pelo conserto do encanamento do apartamento adquirido em negócio de consumo.

Presente o *vício de quantidade*, as alternativas judiciais do consumidor são muito próximas, nos termos do art. 19 do CDC, podendo o consumidor exigir, mais uma vez, alternativamente e de acordo com a sua livre escolha:

I) O abatimento proporcional do preço.

II) A complementação do peso ou medida.

III) A substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios. Mais uma vez, não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço (art. 19, § 1º que manda aplicar o art. 18, § 4º, do CDC).

IV) A restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. Novamente, a hipótese é de resolução do negócio com a devolução das quantias pagas, valores que compões as perdas e danos. Repise-se que a norma faz menção às perdas e danos em separado, o que deve ser visto com ressalvas, pois, presentes outros prejuízos, haverá fato do produto e não vício.

A ilustrar a incidência do vício de quantidade, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que, "ainda que haja abatimento no preço do produto, o fornecedor responderá por vício de quantidade na hipótese em que reduzir o volume da mercadoria para quantidade diversa da que habitualmente fornecia no mercado, sem informar na embalagem, de forma clara, precisa e ostensiva, a diminuição do conteúdo" (STJ – REsp 1.364.915/MG – Rel. Min. Humberto Martins – j. 14.05.2013, publicado no seu *Informativo* n. *524*). O acórdão conclui que a informação adequada constitui um direito básico do consumidor, conferindo a ele uma escolha consciente e permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas (*consentimento informado* ou *vontade qualificada*).

Pois bem, os prazos para reclamar o vício do produto – seja ele de qualidade ou de quantidade – são decadenciais, nos termos do art. 26 do CDC, eis que as ações correspondentes são constitutivas negativas. Desse modo, escoados os prazos, ocorrerá a extinção da ação proposta, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC (por todos: STJ – AgRg no REsp 1.171.635/MT – Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS) – Terceira Turma – j. 23.11.2010 – *DJe* 03.12.2010). Os prazos, essenciais para o estudo e compreensão da matéria aqui tratada, são os seguintes:

I) Prazo decadencial de trinta dias, tratando-se de fornecimento de produtos não duráveis, que são aqueles que desaparecem facilmente com o consumo (*bens consumíveis faticamente*, nos termos do art. 86, primeira parte, do CC/2002). Exemplos: gêneros alimentícios.

II) Prazo decadencial de noventa dias, tratando-se de fornecimento produtos duráveis, que são aqueles que não desaparecem facilmente com o consumo (*bens inconsumíveis faticamente*, nos termos do art. 86, primeira parte, do CC/2002). Exemplos: automóveis, imóveis, aparelhos celulares e eletrodomésticos.

De imediato – o que servirá para outras situações de vícios expostas a seguir –, ressalte-se a louvável proposta de ampliação dos prazos do art. 26 do CDC, para 60 e 180 dias, nos casos de bens não duráveis e duráveis, respectivamente (PL 283/2012). A projeção, que conta com o total apoio do presente autor, representa mais uma feliz ampliação dos direito consumeristas em nosso País, estando mais bem adaptada à realidade social brasileira.

Voltando à legislação em vigor, em caso de dúvida, ou seja, se não restar claro se o produto é durável ou não, deve-se entender pela aplicação do prazo maior de 90 dias, o que é incidência do princípio do protecionismo do consumidor, retirado do art. 1º da Lei 8.078/1990 e do art. 5º, inc. XXXII, da CF/1988.

Quanto ao início da contagem dos prazos, se o vício for aparente ou de fácil constatação, dar-se-á da entrega efetiva do produto ou tradição real (art. 26, § 1º, do CDC). A ilustrar, a falta de peças de um faqueiro adquirido, perceptível de imediato.

Porém, no caso de vício oculto, o prazo inicia-se no momento em que ficar evidenciado o problema (art. 26, § 3º, do CDC). Como ilustração da última hipótese, cite-se o caso em que o barulho do veículo somente pode ser percebido após uma determinada velocidade atingida. Nessa linha, do STJ, "conforme premissa de fato fixada pela corte de origem, o vício do produto era oculto. Nesse sentido, o *dies a quo* do prazo decadencial de que trata o art. 26, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor é a data em ficar evidenciado o aludido vício, ainda que haja uma garantia contratual, sem abandonar, contudo, o critério da vida útil do bem durável, a fim de que o fornecedor não fique responsável por solucionar o vício eternamente" (STJ – REsp 1.123.004/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques – Segunda Turma – j. 01.12.2011 – *DJe* 09.12.2011).

Nos termos literais do que consta do art. 26, § 2º, do CDC, tais prazos podem ser *obstados*. Trata-se de uma exceção à regra segundo a qual o prazo decadencial não pode ser impedido, suspenso ou interrompido, como consta do art. 207 do CC/2002. Diverge a doutrina se tal *obstação* constituiria uma suspensão ou uma interrupção.[33] A questão é importante, pois, na suspensão, o prazo para e depois continua de onde parou. Já na interrupção, o prazo para e volta ao seu início. A divergência é muito bem exposta por Leonardo de Medeiros Garcia, que demonstra as duas correntes doutrinárias fundamentais existentes sobre o tema. Para a primeira corrente, à qual estão filiados Zelmo Denari e Fabio Ulhôa Coelho, a hipótese é de suspensão do prazo. Para a segunda, liderada por Claudia Lima Marques, Luiz Edson Fachin e Odete Novais Carneiro Queiroz, a hipótese é de interrupção, entendendo do mesmo modo o doutrinador citado.[34] Contribuindo para a pesquisa realizada, anote-se que Rizzatto Nunes defende uma terceira conclusão, segundo a qual não se trata nem de suspensão nem de interrupção, mas da constituição de um direito a favor do consumidor.[35]

Na opinião do presente autor, a hipótese é de uma *suspensão especial*, que decorre de uma atuação do consumidor. Para a devida argumentação técnica, fazemos nossas as palavras de José Fernando Simão, professor da Faculdade de Direito da USP:

> "Em que pese o Código Civil realmente incluir entre as causas de interrupção da prescrição atos do interessado, em momento algum esse diploma fixa o término do período de 'interrupção', como faz o CDC. Por outro lado, ao tratar da causa de suspensão da prescrição, o Código Civil expressamente determina o período durante o qual essa não correrá, utilizando as expressões como 'na constância do matrimônio' (art. 197, I) e 'durante o poder familiar' (art. 197, II).
>
> Ora, tais expressões têm significado idêntico àquelas utilizadas pela legislação no art. 26 do CDC e levam-nos a concluir se tratar realmente de suspensão e não de interrupção da decadência".[36]

A par dessa forma de pensar, o prazo já contado deve ser considerado quando de sua volta, premissa que é seguida por muitos julgados (por todos: TJSP – Apelação 9191745-04.2009.8.26.0000 – Acórdão 5021282, São Paulo – Vigésima Nona Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Pereira Calças – j. 23.03.2011 – *DJESP* 11.04.2011; TJMG – Apelação Cível 5688694-84.2009.8.13.0702, Uberlândia – Décima Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes – j. 01.02.2011 – *DJEMG* 18.02.2011; e TJDF – Recurso 2007.10.1.011291-4 – Acórdão 327.139 – Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Rel. Juiz Esdras Neves – *DJDFTE* 29.10.2008, p. 225).

De qualquer modo, cabe ressaltar que o PL 283/2012 pretende encerrar a polêmica, utilizando a expressão "interrompem a decadência" no art. 26 do CDC. A proposta está fundada na constatação de que a interrupção, como regra, é melhor para a tutela dos direitos do consumidor.

Feita tal constatação, voltando à legislação aplicável no momento, são hipóteses em que ocorre tal *obstação*, nos termos da norma consumerista vigente:

1ª) A reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor ao fornecedor, até a respectiva resposta, o que deve ocorrer de forma inequívoca. Deve ficar claro que tal norma prevalece sobre o art. 18, § 1º, do CDC, ou seja, se o fornecedor não responde quanto à solução do problema, o prazo permanecerá obstado. Entender que o prazo volta a correr após os trinta dias sem a resposta do fornecedor coloca em desprestígio todo o sistema consagrado para a proteção do vulnerável negocial.

2ª) A instauração do inquérito civil pelo Ministério Público até o seu encerramento. Nos termos do art. 8º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.437/1985), o inquérito civil é um procedimento administrativo que visa a investigar ou a dirimir situações de lesão a direitos coletivos, caso dos direitos dos consumidores. Enuncia o comando legal citado que o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias.

Seguindo no estudo da matéria, não se olvide da edição em 2012, pelo STJ, de Súmula estabelecendo que "A decadência do artigo 26 do CDC não é aplicável à prestação de contas para obter esclarecimentos sobre cobrança de taxas, tarifas e encargos bancários" (Súmula nº 477). Consultando-se os precedentes que geraram ementa, constata-se que a Corte Superior entende pela aplicação de prazo previsto no Código Civil para a hipótese da citada prestação de contas. Como no caso há geralmente uma ação de repetição de indébito, é forçoso deduzir pela aplicação do prazo geral de dez anos, estabelecido pelo art. 205 da codificação civil privada.

Vistos tais aspectos, não se pode deixar de fazer um paralelo entre os vícios do produto e os chamados *vícios redibitórios*, previstos nos arts. 441 a 446 do CC/2002, uma vez que a presente obra pretende trazer uma visão *dialogal* entre as duas normas. Os vícios redibitórios, com grande aplicação na esfera contratual, têm a mesma natureza dos vícios do produto quanto à origem, constituindo vícios que atingem o objetivo do negócio e não a vontade da parte, como é comum nos vícios do consentimento. A respeito de tal diferenciação, no tocante ao erro, vejamos ementa do STJ, que serviria como luva também para a hipótese de vícios do produto:

"Direito civil. Vício de consentimento (erro). Vício redibitório. Distinção. venda conjunta de coisas. Art. 1.138 do CC/1916 (art. 503 do CC/2002). Interpretação. Temperamento da regra. O equívoco inerente ao vício redibitório não se confunde com o erro substancial, vício de consentimento previsto na Parte Geral do Código Civil, tido como defeito dos atos negociais. O legislador tratou o vício redibitório de forma especial, projetando inclusive efeitos diferentes daqueles previstos para o erro substancial. O vício redibitório, da forma como sistematizado pelo CC/1916, cujas regras foram mantidas pelo CC/2002, atinge a própria coisa, objetivamente considerada, e não a psique do agente. O erro substancial, por sua vez, alcança a vontade do contratante, operando subjetivamente em sua esfera mental. O art. 1.138 do CC/1916, cuja redação foi integralmente mantida

pelo art. 503 do CC/2002, deve ser interpretado com temperamento, sempre tendo em vista a necessidade de se verificar o reflexo que o defeito verificado em uma ou mais coisas singulares tem no negócio envolvendo a venda de coisas compostas, coletivas ou de universalidades de fato. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ – REsp 991.317/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 03.12.2009 – *DJe* 18.12.2009).

Todavia, existem algumas diferenciações fundamentais a respeito das categorias dos vícios do produto e dos vícios redibitórios, as quais se deve atentar.

Como *primeira diferença*, destaque-se que os vícios redibitórios, pela literalidade do art. 441 do CC/2002, seriam apenas nos *vícios ocultos* que acometem o objeto do contrato. Por outra via, os vícios do produto podem ser aparentes ou ocultos, como antes exposto. De toda sorte, deve ficar claro que o presente autor entende que os vícios redibitórios do mesmo podem ser aparentes ou ocultos, pela diferenciação de prazos para reclamação que constam do art. 445 do CC/2002, conforme a seguir está demonstrado.[37]

Constituindo uma *segunda diferença*, nos contratos de natureza civil, não se pode falar em solidariedade entre fornecedores, não havendo responsabilidade além daquela pessoa que firmou o contrato, pela decorrência lógica do princípio da relatividade dos efeitos contratuais (*res inter alios*).

A *terceira diferença* refere-se aos prazos decadenciais para reclamar os vícios. Os prazos previstos no CDC admitem obstação, ou seja, uma suspensão especial. Por outra via, os prazos decadenciais do CC/2002 não podem ser suspensos ou interrompidos, pela regra do seu art. 207. Assim, o sistema do CDC é muito mais vantajoso do que o sistema do CC/2002 em tal aspecto.

Como *quarta diferença*, vejamos os prazos em si. Os prazos decadenciais para reclamar os vícios redibitórios estão estabelecidos pelo art. 445 do CC/2002. O *caput* do comando consagra prazos de trinta dias se a coisa for móvel e um ano para o imóvel, contados da entrega efetiva da coisa, em regra. Porém, se o vício, por sua natureza, somente pode ser percebido mais tarde, os prazos são de cento e oitenta dias para móveis e um ano para imóveis, contado do conhecimento do vício (art. 445, § 1º, do CC/2002). Anote-se que, ao contrário do Código Consumerista, o Código Civil não adota como critério a *durabilidade* ou *consuntibilidade física* dos bens adquiridos, mas sim a sua mobilidade.

No presente momento, surge uma questão de controvérsia. Como os prazos do Código Civil são maiores do que os prazos de trinta e noventa dias do art. 26 do CDC, poderia o consumidor utilizá-los, como aplicação da tese do *diálogo das fontes*? Como não poderia ser diferente, Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem respondem que sim, sendo suas palavras: "A jurisprudência brasileira tem sido muito receptiva ao uso da teoria de Erik Jayme sobre o diálogo das fontes para aplicar o prazo mais favorável ao consumidor em matéria de decadência e prescrição como autoriza o art. 7º do CDC".[38] Concluindo desse modo, subsumindo os prazos maiores do Código Civil, a ilustrar: TJPR – Apelação Cível 0497436-3, Mandaguari – Oitava Câmara Cível – Rel. Des. João Domingos Kuster Puppi – *DJPR* 01.08.2008, p. 95. O entendimento pode parecer justo, sem dúvidas, apesar de afastar-se da pura técnica. Todavia, não se pode esquecer que, quanto à possibilidade do prazo poder ser suspenso, a proteção constante do CDC é muito mais favorável ao consumidor do que consta do CC/2002, uma vez que no sistema civil o prazo de decadência não pode ser suspenso. Então, a aplicação das normas relativas aos vícios redibitórios pode constituir uma *armadilha* contra o consumidor.

No que concerne ao eventual prazo de *garantia contratual* dado pelo fornecedor como uma decadência convencional, o art. 50 do CDC é muito claro, no sentido de não prejudicar os prazos estabelecidos em lei. O tema ainda será aprofundado no próximo capítulo da obra.

A garantia legal de adequação do produto independe de termo escrito ou expresso, incidindo *ex vi lege*, sendo vedada a exoneração contratual do fornecedor (art. 24 do CDC). Frise-se que há proposta de inclusão de preceito complementar à norma atual, por meio do Projeto de Lei 283/2012. A projeção visa ao art. 24-A, com a seguinte dicção: "o fornecedor é responsável perante o consumidor por qualquer vício do produto ou serviço, durante o prazo mínimo de dois anos, a contar da data efetiva da entrega ou prestação. Parágrafo único. Presumem-se como vícios de fabricação, construção ou produção aqueles apresentados no prazo de seis meses a partir da entrega do produto ou realização do serviço, exceto se for apresentada prova em contrário ou da quebra do nexo causal for comprovada culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". A proposição é louvável, ampliando, mais uma vez, a tutela dos direitos dos consumidores. Desse modo, como outras propostas, espera-se a sua aprovação.

Voltando ao sistema vigente, a citada *cláusula de não indenizar* é ainda vedada pelo art. 25 do CDC, segundo o qual "É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores". A solidariedade entre fornecedores é reforçada pelo § 1º do dispositivo, pois, "Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores". Além disso, prevê o § 2º do art. 25 que, sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

A encerrar o estudo do vício do produto, deve ficar clara a intenção da norma, ao preceituar que a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos não o exime de responsabilidade (art. 23 do CDC). Dessa forma, há um dever legal do fornecedor em evitar o vício, sendo irrelevante o fator culposo ou subjetivo para que surja a correspondente responsabilidade, uma vez que o Código Consumerista adota um sistema objetivo de deveres negociais.[39] Em outras palavras, pensar o contrário seria a volta ao um modelo clássico e superado de Direito Privado, fundando em boas ou más intenções. Fazendo incidir tal ideia, vejamos exemplar julgado do Tribunal Paranaense: "Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de título de crédito e cautelar de sustação de protesto. Locação de automóvel. Relação de consumo. Dano no motor. Bem que teria sido entregue em perfeitas condições de uso. Argumento afastado. Vício oculto que não exime a responsabilidade do fornecedor. Art. 23 do CDC. Nível de óleo e água no radiador. Verificação que é ônus da apelante. Descumprimento de dever inerente à sua função. Locatário que notificou a ocorrência. Inexistência de violação contratual pelo apelado. Sentença mantida. Recurso desprovido" (TJPR – Apelação Cível 0558126-6, Curitiba – Décima Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Augusto Lopes Cortes – *DJPR* 06.04.2009, p. 193).

4.2.3. Responsabilidade civil pelo fato do produto ou defeito

Como dantes exposto, no fato do produto ou defeito estão presentes outras consequências além do próprio produto, outros danos suportados pelo consumidor, a gerar a responsabilidade objetiva direta e imediata do fabricante (art. 12 do CDC). Além disso, há a responsabilidade subsidiária ou

mediata do comerciante ou de quem o substitua (art. 13 da Lei 8.078/1990).

Presente o fato do produto, a Lei Consumerista assegura o direito de regresso daquele que ressarciu o dano contra o culpado, ou de acordo com as participações para o evento danoso (art. 13, parágrafo único, do CDC). Entretanto, como visto, nas ações propostas pelo consumidor envolvendo os arts. 12 e 13 da Lei 8.078/1990, é vedada a denunciação da lide para exercício desse direito de regresso (art. 88 do CDC). Nos termos da norma, o direito de regresso pode ser exercido em processo autônomo, sendo facultada ainda a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos da ação proposta pelo próprio consumidor. Isso, em momento posterior ao recebimento pelo consumidor do que lhe é devido, em prol da economia processual.

A respeito da vedação da denunciação da lide, anotam com precisão Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, estendendo a conclusão para o chamamento ao processo, nas hipóteses de solidariedade:

> "O sistema do CDC veda a utilização da denunciação da lide e do chamamento ao processo, ambas condenatórias, porque o direito de indenização do consumidor é fundado na responsabilidade objetiva. Embora esteja mencionada como vedada a denunciação da lide na hipótese do CDC 13, parágrafo único, na verdade o sistema do CDC não admite a denunciação da lide nas ações versando lides de consumo. Seria injusto discutir-se, por denunciação da lide ou chamamento ao processo, a conduta do fornecedor ou de terceiro (dolo ou culpa), que é elemento da responsabilidade subjetiva, em detrimento do consumidor que tem o direito de ser ressarcido em face da responsabilidade objetiva do fornecedor, isto é, sem que se discuta dolo ou culpa".[40]

Apesar de ser esse o entendimento mais justo e correto, em prol da proteção dos consumidores, a jurisprudência superior tem entendido que a vedação da denunciação da lide somente atinge as hipóteses dos arts. 12 e 13 do CDC, e não outras situações, como naquelas relativas a problemas no serviço. Nessa linha de pensamento:

> "Civil e processual. Ação de indenização. Danos morais. Inscrição em cadastros de devedores. Cheques roubados da empresa responsável pela entrega dos talonários. Denunciação da lide. Rejeição com base no art. 88 do CDC. Vedação restrita à responsabilidade do comerciante (CDC, art. 13). Fato do serviço. Ausência de restrição com base na relação consumerista. Descabimento. Abertura de contencioso paralelo. I. A vedação à denunciação à lide disposta no art. 88 da Lei 8.078/1990 restringe-se à responsabilidade do comerciante por fato do produto (art. 13), não alcançando o defeito na prestação de serviços (art. 14). II. Precedentes do STJ. III. Impossibilidade, contudo, da denunciação, por pretender o réu inserir discussão jurídica alheia ao direito da autora, cuja relação contratual é direta e exclusiva com a instituição financeira, contratante da transportadora terceirizada, ressalvado o direito de regresso. IV. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 1.024.791/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 05.02.2009 – *DJe* 09.03.2009).

> "Civil e processual. Ação de indenização. Danos morais. Travamento de porta de agência bancária. Denunciação à lide da empresa de segurança. Rejeição com base no art. 88 do CDC. Vedação restrita à responsabilidade do comerciante (CDC, art. 13). Fato do serviço. Ausência de restrição com base na relação consumerista. Hipótese, todavia, que deve ser apreciada à luz da lei processual civil (art. 70, III). Anulação do acórdão. Multa. Afastamento. Súmula 98-STJ. I. A vedação à denunciação à lide disposta no art. 88 da Lei 8.078/1990 restringe-se à responsabilidade do comerciante por fato do produto (art. 13), não alcançando o defeito na prestação de serviços (art. 14), situação, todavia, que não exclui o exame do caso concreto à luz da norma processual geral de cabimento da denunciação, prevista no art. 70, III, da lei adjetiva civil. II. Anulação do acórdão estadual, para que a Corte *a quo* se manifeste sobre o pedido de denunciação à lide, nos termos acima. III. Precedentes do STJ. IV. 'Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório' (Súmula 98 do STJ). V. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (STJ – REsp 439.233/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 04.10.2007 – *DJ* 22.10.2007, p. 277).

Pelas mesmas premissas, o próprio STJ admite o chamamento ao processo em lides de consumo,

na contramão do posicionamento doutrinário antes esposado. Por todos: "Responsabilidade civil. Direito do consumidor. Transporte coletivo. Seguro. Chamamento ao processo. Processo sumário. Consoante já decidiu a Eg. Quarta Turma, 'é possível o chamamento ao processo da seguradora da ré (art. 101, II, do CDC), empresa de transporte coletivo, na ação de responsabilidade promovida pelo passageiro, vítima de acidente de trânsito causado pelo motorista do coletivo, não se aplicando ao caso a vedação do art. 280, I, do CPC' (REsps 178.839-RJ e 214.216-RJ). Achando-se a causa, porém, em fase avançada (realização de perícia médico-legal), a anulação do feito, além de importar em sério tumulto processual, ainda acarretaria prejuízo ao consumidor, autor da ação. Hipótese em que, ademais, a ré não sofre a perda do seu direito de regresso contra a empresa seguradora. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 313.334/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Barros Monteiro – j. 05.04.2001 – *DJ* 25.06.2001, p. 197).

Com o devido respeito, as modalidades de intervenção de terceiros, em regra, tumultuam o processo, dificultando o caminho judicial dos consumidores, já tormentosos. Assim, o melhor caminho, sem dúvidas, é o seu afastamento, dando primazia ao recebimento dos direitos devidos pelo consumidor e assegurando-se o direito de regresso em posterior momento. Por isso, o presente autor está filiado ao posicionamento de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, antes exposto.

Superado tal aspecto processual, o § 1° do art. 12 do CDC estabelece alguns parâmetros ilustrativos da caracterização do produto defeituoso, preconizando que haverá tal enquadramento quando o bem de consumo não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais*: a)* sua apresentação*; b)* o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; *c)* a época em que foi colocado em circulação. Como se extrai da obra solitária de Bruno Miragem, três são as modalidades de defeitos que podem ser retiradas desse comando legal:[41]

– *Defeitos de projeto ou concepção* – aqueles que atingem a própria apresentação ou essência do produto, que gera danos independentemente de qualquer fator externo. Exemplo citado pelo jurista é o do remédio talidomida, "cujo uso em pacientes grávidas, para minorar efeitos de indisposição, deu causa a deformações físicas da criança".[42] Como exemplo, podem ser invocados os fogos de artifício e o caso do cigarro, tema que ainda será aprofundado no presente capítulo.

– *Defeitos de execução, produção ou fabricação* – relativos a falhas do dever de segurança quando da colocação do produto ou serviço no meio de consumo. A título de ilustração, cite-se a hipótese em o veículo é comercializado com um problema no seu cinto de segurança, sendo necessário convocar os consumidores para o reparo (*recall*).

– *Defeitos de informação ou comercialização* – segundo Bruno Miragem, "aqueles decorrentes da apresentação ou informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua fruição ou riscos".[43] Para concretizar, imagine-se a hipótese em que um brinquedo foi comercializado como dirigido para uma margem de idade inadequada, podendo causar danos às crianças.

Esclareça-se que tais modalidades também servem para o fato ou defeito do serviço, uma vez que os mesmos critérios para o fato ou defeito do serviço constam do art. 14, § 1º, do Código Protetivo. O tema ainda será exposto em momento oportuno.

Por outra via, o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado (art. 12, § 2º, do CDC). A ilustrar, o fato de se colocar no mercado um veículo com nova estrutura ou *design* não significa dizer que o modelo anterior tinha um defeito (TJPB – Apelação Cível 888.2004.010463-9/001, João Pessoa – Terceira Câmara Cível – Rel. Des.

João Antônio de Moura – j. 15.03.2005 – *DJPB* 29.03.2005). Do mesmo modo, se o sabor de uma bebida é aperfeiçoado pelo fabricante, levando em conta o paladar do brasileiro.

Evidenciado o fato do produto ou defeito, o consumidor prejudicado pode manejar uma ação de reparação de danos contra o agente causador do prejuízo, o que é decorrência direta do *princípio da reparação integral*. Tal demanda condenatória está sujeita ao prazo prescricional de cinco anos, previsto pelo art. 27 da Lei 8.078/1990 para o acidente de consumo. O dispositivo estabelece, de forma justa e correta, que o prazo será contado da ocorrência do evento danoso *ou* do conhecimento de sua autoria, o que por último ocorrer. Adota-se, assim, a teoria da *actio nata*, segundo a qual o prazo deve ter início não a partir da ocorrência do fato danoso, mas sim da ciência do prejuízo. Quebra-se então a regra geral do Direito Civil, do nascimento da pretensão no momento da violação do direito subjetivo, por interpretação do art. 189 do CC/2002.

Além desse claro benefício ao consumidor, cumpre destacar que o CDC consagra um prazo maior do que aquele previsto pelo Código Civil de 2002 para os casos de reparação civil de qualquer natureza, que é de três anos (art. 206, § 3º, V, do CC/2002). Por oportuno, com todo o respeito em relação a eventual posicionamento em contrário, este autor entende que poderão ser aplicadas às situações de acidente de consumo as regras relacionadas com a suspensão e interrupção da prescrição previstas no Código Civil Brasileiro (arts. 197 a 204), em *diálogo das fontes*.

A fim de ilustrar e de fixar a aplicação do prazo, vejamos tudo o que aqui foi exposto, tomando como exemplo aquele caso do ferro de passar roupas que explode quando manejado pelo seu adquirente. Se o ferro explode, mas não atinge nem fere ninguém, estará presente o *vício do produto*. Nessa hipótese, o consumidor poderá pleitear do comerciante ou do fabricante (solidariedade) um eletrodoméstico novo. O prazo para tanto é decadencial de noventa dias, nos termos do art. 26 do CDC. Entretanto, se nessa mesma situação o eletrodoméstico explode e atinge o consumidor, causando-lhe danos morais e estéticos, estará presente o *fato do produto* ou *defeito*. Na situação descrita, a ação indenizatória deverá ser proposta, em regra, em face do fabricante e no prazo prescricional de cinco anos a partir da ocorrência do fato ou da ciência de uma séria deformidade pelo consumidor (art. 27 do CDC).

Para encerrar o estudo do fato do produto, podem ser colacionados outros exemplos de incidência do prazo prescricional de cinco anos pela melhor jurisprudência. De início, julgado do Tribunal Gaúcho relativo a uma faixa térmica que superaqueceu, causando danos materiais e estéticos ao consumidor:

> "Responsabilidade civil. Consumidor. Fato do produto. Prescrição. Faixa térmica. Superaquecimento e combustão. Danos ao patrimônio e à saúde do consumidor. Inversão do ônus da prova *ope legis*. Alegação de mau uso do produto. Direito de informação. Juntada de documentos em sede de recurso, por alegação de fato novo. Conhecimento da matéria pela Turma. Direito à restituição do valor pago pelo produto. Indenização por danos morais. A autora adquiriu uma faixa térmica da ré, fato confirmado pela juntada da respectiva nota fiscal. A consumidora colocou o produto em uso sob cobertor, vindo a causar superaquecimento, o que acarretou danos a seu patrimônio (queima do colchão) e à sua saúde (queimaduras leves). Correta a decisão que não acolheu a arguição de decadência, pois, a se tratar de fato do produto, o prazo prescricional é de cinco anos, *ex vi* do art. 27 do CDC. A ré alega que, diante do depoimento pessoal da autora, que admitiu ter usado o produto sob cobertor, surgiu fato novo. Diante disso, juntou, em sede de razões recursais, o manual do usuário do produto, o qual adverte para que este não seja abafado. Em sede de Juizados Especiais, diante do princípio da informalidade, é possível conhecer de documento juntado em sede de recurso, excepcionalmente, desde que se possibilite o contraditório à parte contrária. A alegação de mau uso do produto não pode ser aceita, uma vez que o dever de informação ao consumidor dos riscos à sua saúde, mesmo que decorrentes do manejo inadequado do equipamento, não foi cumprido (art. 12, § 1º, II, do CDC). Isso porque o manual do usuário refere

apenas que o produto nunca deverá ser abafado, por baixo de roupas de cama, pois poderá ocasionar superaquecimento, danificando o produto. Essa advertência não é suficiente para informar o consumidor dos riscos à sua saúde. Restaram provados a aquisição e os danos, daí porque, invertido o ônus da prova em virtude da Lei (art. 12, *caput*, do CDC), cumpria à ré demonstrar a culpa exclusiva do consumidor e que o defeito inexiste. Não se desincumbiu de tal mister, pois, malferido o dever de informação, o produto é defeituoso, pois não se poderia esperar risco à saúde do consumidor de tal gravidade apenas em função do uso inadequado do produto. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido" (TJRS – Recurso Cível 71002419166, Porto Alegre – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Fábio Vieira Heerdt – j. 15.07.2010 – *DJERS* 23.07.2010).

Do Tribunal de Justiça de São Paulo, acórdão que determinou o dever de indenizar da empresa fabricante pela explosão de uma garrafa de refrigerante, aplicando-se o prazo prescricional do art. 27:

"Indenização. Danos morais e materiais. Sentença que condenou a empresa, uma vez comprovada a ocorrência do nexo de causalidade entre o fato e dano decorrente de fato do produto. Explosão de garrafa de refrigerante. Hipótese, contudo de prescrição da ação nos termos do art. 27 do CDC. Ausência de elementos para uma interpretação mais favorável ao consumidor. Dano de caráter imediato cujo agravamento não transfere o termo inicial de contagem desse prazo. Recurso, nesse sentido, acolhido" (TJSP – Apelação Cível 297.806.4/6 – Acórdão 2638058, São Paulo – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Teixeira Leite – j. 29.05.2008 – *DJESP* 20.06.2008).

Do Superior Tribunal de Justiça, colaciona-se acórdão que aplicou o prazo em comento para defeito em herbicida, que prejudicou toda a safra do consumidor:

"Responsabilidade civil. Alegação de dano por fato do produto e não de vício do produto. Ineficácia de herbicida. Prejuízo à safra. Prazo decadencial. 5 anos. Art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido para afastar a decadência prosseguindo-se no exame do mérito no tribunal de origem. 1. Diante do fundamento da inicial de ocorrência do fato do produto, e não vício, no mau funcionamento de herbicida que, por não combater as ervas daninhas, enseja prejuízo à safra, e consequentemente, ao patrimônio do usuário, o prazo decadencial é de 5 (cinco) anos (CDC, art. 27). 2. Recurso especial provido para afastar preliminar de decadência, devendo o Tribunal de origem prosseguir no julgamento de mérito" (STJ – Terceira Turma – REsp 953.187/MT – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 23.06.2009 – *DJE* 29.06.2009).

Por fim, cumpre destacar que o mesmo Superior Tribunal de Justiça tem subsumido o prazo do art. 27 do CDC e a teoria da *actio nata* para as hipóteses dos males decorrentes do tabagismo. Nessa linha, entre os julgados mais recentes, citando os precedentes anteriores:

"Agravo regimental. Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Responsabilidade civil. Relação de consumo. Fato do produto. Tabagismo. Prescrição quinquenal. Início da contagem do prazo. Conhecimento do dano e de sua autoria. Precedente da E. Segunda Seção desta A. Corte. Incidência do Enunciado 83/STJ. Agravo regimental improvido. I. A e. Segunda Seção desta a. Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 489.895/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 23.04.2010, reiterando a jurisprudência desta a. Corte, considerou que, em se tratando de ação que objetiva a reparação dos danos causados pelo tabagismo, por se tratar de dano causado por fato do produto ou do serviço prestado, a prescrição é quinquenal, regida pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, norma especial que afasta a incidência da regra geral, contida no CC/1916. II. Agravo regimental improvido" (STJ – AgRg-REsp 1.081.784/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 07.12.2010 – *DJE* 03.02.2011).

De qualquer maneira, como se verá mais adiante, apesar de o STJ aplicar tal prazo e o próprio Código do Consumidor para os danos do tabagismo, tem afastado a responsabilidade das empresas que exploram o setor.

Superado o estudo dos aspectos relativos ao produto, passa-se à abordagem do serviço, iniciando-se pelo vício, de forma detalhada e pontual.

4.2.4. Responsabilidade civil pelo vício do serviço

Frise-se que, nas hipóteses envolvendo o serviço, tem-se o mesmo tratamento legal, conforme aqui construído, presente a mesma diferenciação concreta entre o chamado *vício do serviço* e o *fato do serviço*, sendo o último o defeito a gerar o acidente de consumo.

Iniciando-se pelo vício do serviço, aplica-se a regra de solidariedade, entre todos os envolvidos com a prestação. Em outras palavras, se um serviço contratado tiver sido mal prestado, responderão todos os envolvidos. Nos termos do § 2° do art. 20 do CDC, são considerados como impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade. Em casos tais, enuncia o *caput* do mesmo preceito legal que o prestador de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária. Como se pode notar, o vício do serviço acaba por englobar os problemas decorrentes da oferta ou publicidade, tema que ainda será aprofundado no Capítulo 6 desta obra.

Imaginem-se então as hipóteses em que os serviços prestados por profissionais liberais, como médicos, dentistas, jardineiros, mecânicos, encanadores e reformadores em geral são mal prestados, sem outras repercussões, além do próprio bem de consumo. Em situações tais, o consumidor prejudicado pode exigir, alternativamente, e de acordo com a sua livre escolha, nos termos do já citado art. 20 do CDC:

I) A reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível. A título de exemplo, se o conserto de um eletrodoméstico foi mal feito, poderá ser pleiteado que o serviço seja realizado novamente. Nos termos do § 1° do art. 20 do CDC, a reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor. Tal atribuição a terceiro poderá ocorrer no plano judicial ou extrajudicial. Na última hipótese, o consumidor pode, dentro do bom-senso, pagar o serviço a terceiro habilitado e cobrar do prestador original.

II) A restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. Trata-se da resolução do negócio, voltando-se à situação anterior. Mais uma vez, a menção às perdas e danos deve ser vista com ressalvas, eis que, havendo outros prejuízos além do valor do bem, estará presente o fato do serviço ou defeito.

III) O abatimento proporcional do preço, nos casos em que do serviço se tem menos do que se espera.

Frise-se a premissa da solidariedade passiva, no vício do serviço, respondendo todos os envolvidos com a prestação. A título de exemplo, respondem solidariamente o franqueado e o franqueador pelo atraso na entrega de um colchão:

> "Consumidor. Compra e venda de colchão. Produto pago e não entregue. Inexecução contratual que ultrapassa o limite do razoável. Dano moral configurado. *Quantum* mantido. Afastada preliminar de ilegitimidade passiva. É legítima para figurar no polo passivo do feito a franqueada, em face da solidariedade do fabricante por vício do serviço, porque parte integrante da cadeia de fornecedores (art. 3º c/c art. 7º, parágrafo único, do CDC). Sentença mantida. Recurso desprovido" (TJRS – Recurso Cível 71002428852, São Leopoldo – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti – j. 14.10.2010 – *DJERS* 21.10.2010).

Na mesma linha, decisão do Tribunal do Distrito Federal, em hipótese de intermediação de serviços de seguro por uma fornecedora de produtos:

> "Civil. Processo civil. CDC. Legitimidade passiva. Empresa vendedora do produto financiado intermedeia seguro das

prestações. Omissão de informações na contratação do seguro. Solidariedade passiva. Inversão do ônus da prova. Sentença mantida. 1. Se a empresa vendedora de produto – cujo preço é financiado – negocia, através de preposto seu, no interior de sua loja, a venda de seguro prestação a ser garantido por seguradora com ela conveniada, é parte legítima passiva a responder por eventual vício do serviço. 2. Ademais, se não presta as devidas e indispensáveis informações sobre as cláusulas e condições securitárias à adquirente, pessoa inculta e leiga, deve responder pela sua omissão, mormente quando não apresenta prova suficiente a elidir a verossímil versão autoral da hipossuficiente consumidora (inc. VIII do art. 6º do CDC). 3. Recurso conhecido e improvido" (TJDF – Recurso 20020110519145 – Acórdão 167.467 – Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Rel. Des. Benito Augusto Tiezzi – j. 04.12.2002 – *DJU* 10.02.2003, p. 41).

Por fim, a demonstrar a efetivação da solidariedade no vício do serviço, decisão do Tribunal Fluminense que atribui a responsabilidade civil à instituição financeira por problemas relativos a cartão de crédito:

"Cartão de crédito bancário. Instituição financeira. Legitimidade passiva. Solidariedade. Reconhecimento. Cartão de crédito. Parceria comercial com banco. Solidariedade. Legitimação passiva *ad causam* do banco. A prática comercial evidencia uma indiscutível parceria entre empresas de cartão de crédito e bancos, tanto assim que estes últimos, além de captarem seus clientes para serem usuários de determinado cartão, emitem correspondência, debitam fatura em conta corrente, suspendem o uso do cartão, fazem cobrança etc. Ora, se prestam serviços conjuntamente, há entre eles solidariedade, à luz dos arts. 7º, parágrafo único e 25, § 1º do CDC, fazendo do banco legitimado para figurar no polo passivo de ação de responsabilidade por dano causado por fato ou vício do serviço. Provimento parcial do recurso" (TJRJ – Apelação Cível 19127/1999, Rio de Janeiro – Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho – j. 29.02.2000).

Nos casos de serviços que tenham por objetivo a reparação ou o conserto de qualquer produto, deve ser considerada implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante (art. 21 do CDC). Isso, salvo, quanto aos últimos, autorização em contrário do consumidor. A título de exemplo, se uma concessionária de veículo está incumbida de reparar um automóvel, deverá empregar as suas peças originais. Havendo demora na obtenção dessas peças, caberá à concessionária reembolsar o consumidor por todas as despesas. Nessa linha, do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

"Responsabilidade civil. Ação indenizatória por danos materiais e morais decorrentes da falta de peça para reposição de veículo importado. Direito do consumidor. Responsabilidade da empresa concessionária e da importadora que deve ser reconhecida quanto aos gastos tidos pela demandante com a compra de um pneu dianteiro, com o alinhamento e balanceamento dos pneus dianteiros, com o reparo realizado em outra concessionária e com a locação de automóvel. Arts. 21, 32 e 18, § 1º, do CDC. Ocorrência de dano moral não configurada no caso. Ação que deve ser julgada parcialmente procedente. Recurso provido em parte para tanto" (1º TAC-SP – Agravo de Instrumento 824304-1 – Quinta Câmara – Rel. Juiz Sebastião Thiago de Siqueira – j. 08.08.2001).

Mais uma vez, também no vício do serviço, a ignorância do fornecedor quanto a tais problemas não o exime de responsabilidade, pelos mesmos fundamentos antes expostos (art. 23 do CDC). Ato contínuo, a garantia legal de adequação do serviço independe de termo expresso, sendo vedada a exoneração contratual do fornecedor ou a cláusula que afaste a citada solidariedade (art. 24 e 25 do CDC). Sendo convencionada a garantia contratual, essa é complementar à legal, na esteira do art. 50 do CDC, dispositivo que será aprofundado no próximo capítulo.

Os prazos para reclamação dos vícios do serviço são aqueles decadenciais tratados pelo art. 26 do CDC. Desse modo, os prazos serão de trinta dias, no caso de serviços não duráveis, e de noventa dias para os serviços duráveis. Tais prazos serão contados da execução do serviço (vício aparente)

ou do seu conhecimento (vício oculto). Concretizando a norma, fazendo incidir tais prazos a problemas referentes à prestação de serviços de turismo ou lazer:

> "Responsabilidade civil. Turismo. A ação promovida pelos autores diz respeito a vícios de qualidade de serviço, aparentes e de fácil constatação, e não a fato de serviços, envolvendo acidente de consumo. Aplicação do prazo do art. 26, do CDC, para a decadência. Ação foi proposta mais de três meses após o recebimento da resposta inequívoca negativa da requerida, e, portanto, em prazo superior àquele previsto no art. 26, I, e § 2º, I, do CDC, aplicável à espécie, por se tratar de pedido fundado na responsabilidade por vício do serviço, aparente e de fácil constatação. Recurso desprovido" (TJSP – Apelação Cível 991.99.060357-2 – Acórdão 4249458, São Paulo – Décima Segunda Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Rebello Pinheiro – j. 25.11.2009 – *DJESP* 28.01.2010).

Na prática, muitas vezes haverá certa dificuldade ao apontar se o serviço é durável ou não. Em casos tais, aplicando-se a interpretação mais favorável ao consumidor e o princípio do protecionismo, o prazo a ser computado é de noventa dias (*in dubio pro consumidor*). A ilustrar, o serviço de lavagem de carro é considerado um serviço não durável, estando submetido ao prazo decadencial de trinta dias. O conserto do carro é considerado um serviço durável, estando submetido ao prazo de noventa dias. A respeito da perolização e cristalização da pintura do veículo, há grande dúvida a respeito da natureza do serviço, subsumindo-se o prazo maior, que é de noventa dias.

Para findar o estudo do vício do serviço, os citados prazos decadenciais podem ser *obstados* – na esteira do que foi comentado quanto ao vício do produto – quando houver reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor, até a respectiva resposta inequívoca do prestador, bem como a instauração do inquérito civil pelo Ministério Público. Em outras palavras, incide plenamente o previsto no art. 26, § 2º, da Lei 8.078/1990. Subsumindo muito bem o texto legal, do avançado e técnico Tribunal Gaúcho, em hipótese em que o prestador de serviços não deu resposta quanto à solução do problema:

> "Relação de consumo. Ação de reparação de danos. Prestação de serviço de mecânica. Conserto de motor. Vício do serviço. Dever de indenizar. Dano moral inexistente. Decadência não implementada. 1. Não se verifica a decadência, prevista no art. 26, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor se, alguns dias depois do conserto, já houve a reclamação, a qual, a teor do disposto no art. 26, § 2º, inc. I, do CDC, obsta a fluência do prazo, não tendo recomeçado a fluir, pois a ré não recusou de forma inequívoca a reparação dos problemas verificados. 2. A prova dos autos demonstra ter havido má prestação do serviço de conserto do motor da caminhonete do autor, surgindo para a ré o dever de indenizar. Quantia esta arbitrada em consonância com o depoimento do mecânico, sendo descontado o valor ainda devido pelo autor. 3. Não havendo qualquer violação a atributo de personalidade, inexistente o dano moral. Recurso parcialmente provido" (TJRS – Recurso Cível 71001594662, São Leopoldo – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 05.06.2008 – *DOERS* 10.06.2008, p. 114).

Abordado o vício do produto, vejamos a última hipótese de responsabilidade civil específica do Código de Defesa do Consumidor, qual seja o fato do serviço ou defeito.

4.2.5. Responsabilidade civil pelo fato do serviço ou defeito

O *fato do serviço* ou *defeito* está tratado pelo art. 14 do CDC, gerando a responsabilidade civil objetiva e solidária entre todos os envolvidos com a prestação, pela presença de outros danos, além do próprio serviço como bem de consumo. Deve ficar claro que, no fato do serviço, a responsabilidade civil dos profissionais liberais somente existe se houver culpa de sua parte (responsabilidade subjetiva), conforme preconiza o art. 14, § 4º, da Lei 8.078/1990.

Assim como ocorre com o produto, o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o

consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido (art. 14, § 1º, da Lei 8.078/1990). Valem os mesmos comentários feitos em relação às modalidades de defeitos no produto, na linha das lições de Bruno Miragem antes expostas (p. 145).

Por outra via, estabelece o § 2º do art. 14 do CDC que o serviço, assim como ocorre com o produto, não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. Dessa forma, se uma empresa passa a utilizar uma nova técnica para desentupimento, isso não quer dizer que há o reconhecimento de que as medidas anteriores eram ruins ou defeituosas.

Deve-se atentar que, no fato do serviço ou defeito, há evidente solidariedade entre todos os envolvidos na prestação, não havendo a mesma diferenciação prevista para o fato do produto, na esteira do que consta dos arts. 12 e 13 do CDC. Isso porque é difícil diferenciar quem é o prestador direto e o indireto na cadeia de prestação, dificuldade que não existe no fato do produto, em que a figura do fabricante é bem clara. Sobre tal dedução, vejamos as palavras conjuntas de Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem:

> "A organização da cadeia de fornecimento de serviços é responsabilidade do fornecedor (dever de escolha, de vigilância), aqui pouco importando a participação eventual do consumidor na escolha de alguns dos muitos possíveis. No sistema do CDC é impossível transferir aos membros da cadeia responsabilidade exclusiva, nem impedir que o consumidor se retrate, em face da escolha posterior de um membro novo da cadeia".[44]

Na verdade, a tarefa de identificação de quem seja o prestador direto ou não poderia trazer a impossibilidade de tutela jurisdicional da parte vulnerável. Aqui, é interessante transcrever as palavras de Roberto Senise Lisboa:

> "A responsabilidade do fornecedor de serviços pelo acidente de consumo é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa, a menos que o agente causador do prejuízo moral puro ou cumulado com o patrimonial seja profissional liberal, caso em que a sua responsabilidade poderá ser subjetiva (vide, a respeito do tema, o art. 14, *caput*, e § 4º).
>
> Qualquer fornecedor de serviços, em princípio, responde objetivamente pelos danos sofridos pelo consumidor, salvo o profissional liberal. Assim, tanto a pessoa física como a pessoa jurídica de direito público ou privado que atuam como fornecedores de serviços no mercado de consumo podem vir a responder sem culpa".[45]

Tais conclusões, sem dúvida, ampliam muito a responsabilidade dos parceiros de prestação. Como primeira ilustração, vejamos decisão do Superior Tribunal de Justiça, que responsabiliza uma instituição bancária pelo serviço mal prestado por empresa terceirizada, o que acabou por acarretar a inscrição do nome do correntista em cadastro de inadimplentes. Pela presença dos danos morais, o caso é exemplo típico de fato do serviço:

> "Recurso especial. Extravio de talões de cheque. Empresa terceirizada. Uso indevido dos títulos por terceiros. Inscrição indevida em cadastro de proteção de crédito. Responsabilidade do banco. Dano moral. Presunção. Valor da indenização excessivo – Redução. Recurso especial parcialmente provido. 1. Em casos de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito, não se faz necessária a prova do prejuízo. 2. Restou caracterizada a legitimidade passiva do Banco recorrente, o qual é responsável pela entrega dos talões de cheque ao cliente, de forma segura, de modo que, optando por terceirizar esse serviço, assume eventual defeito na sua prestação, mediante culpa *in eligendo*, por defeito do serviço, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplina a responsabilidade objetiva pela reparação dos danos (REsp 640.196, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, *DJ* 01.08.2005). 3. Firmou-se entendimento nesta Corte Superior que, sempre que desarrazoado o valor

imposto na condenação, impõe-se sua adequação, evitando-se assim o injustificado locupletamento da parte vencedora. 4. Recurso especial conhecido em parte e nela parcialmente provido" (STJ – REsp 782.898/MT – Quarta Turma – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – j. 21.11.2006 – *DJ* 04.12.2006, p. 328).

Daquela mesma Corte Superior consigne-se aresto que aplicou o fato do serviço em hipótese de devolução de cheque por motivo diverso à realidade dos fatos. Conforme consta da ementa de publicação no *Informativo* n. *507* do STJ, "é cabível a indenização por danos morais pela instituição financeira quando cheque apresentado fora do prazo legal e já prescrito é devolvido sob o argumento de insuficiência de fundos. Considerando que a Lei n. 7.357/1985 diz que 'a existência de fundos disponíveis é verificada no momento da apresentação do cheque para pagamento' (art. 4º, § 1º) e, paralelamente, afirma que o título deve ser apresentado para pagamento em determinado prazo (art. 33), impõe-se ao sacador (emitente), de forma implícita, a obrigação de manter provisão de fundos somente durante o prazo de apresentação do cheque. Com isso, evita-se que o sacador fique obrigado em caráter perpétuo a manter dinheiro em conta para o seu pagamento. Por outro lado, a instituição financeira não está impedida de proceder à compensação do cheque após o prazo de apresentação se houver saldo em conta. Contudo, não poderá devolvê-lo por insuficiência de fundos se a apresentação tiver ocorrido após o prazo que a lei assinalou para a prática desse ato. Ademais, de acordo com o Manual Operacional da Compe (Centralizadora da Compensação de Cheques), o cheque deve ser devolvido pelo 'motivo 11' quando, em primeira apresentação, não tiver fundos e, pelo 'motivo 12', quando não tiver fundos em segunda apresentação. Dito isso, é preciso acrescentar que só será possível afirmar que o cheque foi devolvido por falta de fundos quando ele podia ser validamente apresentado. No mesmo passo, vale destacar que o referido Manual estabelece que o cheque sem fundos [motivos 11 e 12] somente pode ser devolvido pelo motivo correspondente. Diante disso, se a instituição financeira fundamentou a devolução de cheque em insuficiência de fundos, mas o motivo era outro, resta configurada uma clara hipótese de defeito na prestação do serviço bancário, visto que o banco recorrido não atendeu a regramento administrativo baixado de forma cogente pelo órgão regulador; configura-se, portanto, sua responsabilidade objetiva pelos danos deflagrados ao consumidor, nos termos do art. 14 da Lei n. 8.078/1990. Tal conclusão é reforçada quando, além de o cheque ter sido apresentado fora do prazo, ainda se consumou a prescrição" (STJ – REsp 1.297.353/SP – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 16.10.2012).

Seguindo nas ilustrações, destaque-se que algumas conclusões desta obra foram aplicadas em recente julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, aplicando a solidariedade no fato do serviço: "Apelação. Extravio de talonários de cheques. Empresa de Correios. Responsabilidade do banco. Uso indevido de títulos por terceiros. Ajuizamento de ação executiva em face da autora. Incidentes que, por certo, infringiram a imagem e honra subjetiva da empresa autora. Dano moral caracterizado e quantificado respeitando as peculiaridades do caso, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade" (TJSP – Apelação 000040055.2011.8.26.0575, da Comarca de São José do Rio Pardo – 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – Rel. Des. Roberto Mac Cracken – j. 08.03.2012).

Igualmente aplicando a solidariedade em decorrência do serviço, acórdão do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2012 concluiu que a "operadora de plano de saúde é solidariamente responsável pela sua rede de serviços médico-hospitalar credenciada. Reconheceu-se sua legitimidade passiva para figurar na ação indenizatória movida por segurado, em razão da má prestação de serviço por

profissional conveniado. Assim, ao selecionar médicos para prestar assistência em seu nome, o plano de saúde se compromete com o serviço, assumindo essa obrigação, e por isso tem responsabilidade objetiva perante os consumidores, podendo em ação regressiva averiguar a culpa do médico ou do hospital. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.037.348-SP, *DJe* 17.08.2011; AgRg no REsp 1.029.043-SP, *DJe* 08.06.2009, e REsp 138.059-MG, *DJ* 11.06.2001" (STJ – REsp 966.371/RS – Rel. Min. Raul Araújo – j. 27.03.2012, publicado no seu *Informativo 494*).

Ou ainda, outra novel ementa, julgando do mesmo modo no que concerne à responsabilização de seguradora pelo mau serviço prestado por oficina mecânica por ela indicada: "A Turma, aplicando o Código de Defesa do Consumidor decidiu que a seguradora tem responsabilidade objetiva e solidária pela qualidade dos serviços executados no automóvel do consumidor por oficina que indicou ou credenciou. Ao fazer tal indicação, a seguradora, como fornecedora de serviços, amplia a sua responsabilidade aos consertos realizados pela oficina credenciada" (STJ – REsp 827.833/MG – Rel. Min. Raul Araújo – j. 24.04.2012, *Informativo 496* da Corte).

Da criação doutrinária, cumpre destacar enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, evento de 2011, segundo o qual os profissionais liberais devem responder objetiva e solidariamente pelos defeitos existentes em equipamentos utilizados em sua atividade, presente um *misto* de fato do serviço e fato do produto. Vejamos o teor do Enunciado 460, proposto pelo jurista Adalberto Pasqualotto, e que contou com o apoio deste autor: "A responsabilidade subjetiva do profissional da área da saúde, nos termos do art. 951 do Código Civil e do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, não afasta a sua responsabilidade objetiva pelo fato da coisa da qual tem a guarda, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos que, por eventual disfunção, venham a causar danos a pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fornecedor do aparelho e sem prejuízo da ação direta do paciente, na condição de consumidor, contra tal fornecedor". Como se debateu naquele evento, o fato do serviço estaria configurado pela má escolha do equipamento utilizado.

Pela incidência das mesmas regras de solidariedade, a jurisprudência superior responsabiliza a empresa de turismo pelo atraso do voo objeto do pacote vendido e outros problemas enfrentados na viagem. Vejamos duas ementas:

> "Civil. Responsabilidade civil. Agência de turismo. Se vendeu 'pacote turístico', nele incluindo transporte aéreo por meio de voo fretado, a agência de turismo responde pela má prestação desse serviço. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 783.016/SC – Terceira Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 16.05.2006 – *DJ* 05.06.2006, p. 279).

> "Responsabilidade civil. Agência de turismo. Pacote turístico. Serviço prestado com deficiência. Dano moral. Cabimento. Prova. *Quantum*. Razoabilidade. Recurso provido. I. A prova do dano moral se satisfaz, na espécie, com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum. Não há negar, no caso, o desconforto, o aborrecimento, o incômodo e os transtornos causados pela demora imprevista, pelo excessivo atraso na conclusão da viagem, pela substituição injustificada do transporte aéreo pelo terrestre e pela omissão da empresa de turismo nas providências, sequer diligenciando em avisar os parentes que haviam ido ao aeroporto para receber os ora recorrentes, segundo reconhecido nas instâncias ordinárias. II. A indenização por danos morais, como se tem salientado, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros. III. Certo é que o ocorrido não representou desconforto ou perturbação de maior monta. E que não se deve deferir a indenização por dano moral por qualquer contrariedade. Todavia, não menos certo igualmente é que não se pode deixar de atribuir à empresa-ré o mau serviço prestado, o descaso e a negligência com que se houve, em desrespeito ao direito dos que com ela contrataram" (STJ – REsp 304.738/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 08.05.2001 – *DJ* 13.08.2001, p. 167).

Do mesmo modo, em julgado mais antigo, o mesmo Tribunal Superior responsabilizou a agência de viagens por um incêndio que atingiu a embarcação de transporte, objeto do serviço comercializado:

> "Responsabilidade civil. Agência de viagens. Código de Defesa do Consumidor. Incêndio em embarcação. A operadora de viagens que organiza pacote turístico responde pelo dano decorrente do incêndio que consumiu a embarcação por ela contratada. Passageiros que foram obrigados a se lançar ao mar, sem proteção de coletes salva-vidas, inexistentes no barco. Precedente (REsp 287.849/SP). Dano moral fixado em valor equivalente a 400 salários-mínimos. Recurso não conhecido" (STJ – REsp 291.384/RJ – Quarta Turma – Rel. Min Ruy Rosado de Aguiar – j. 15.05.2001 – *DJ* 17.09.2001, p. 169).

Alguns profissionais que atuam no setor de turismo veem exageros em tais conclusões, pleiteando o mesmo tratamento diferenciado existente para o produto, constante dos arts. 12 e 13 do CDC. Aliás, a questão não é pacífica no Superior Tribunal de Justiça, podendo ser encontrado julgado que afasta a responsabilidade da agência de viagens por problemas encontrados no trajeto objeto do pacote turístico (STJ – REsp 797.836/MG – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 02.05.2006 – *DJ* 29.05.2006, p. 263). Porém, tal diferenciação não existe no produto, estando os acórdãos anteriormente transcritos de acordo com a melhor técnica da Lei Consumerista.

Anote-se a existência de projeto de lei com o objetivo de trazer um tratamento diferenciado para as empresas que vendem os pacotes, afastando incidência da solidariedade do Código do Consumidor (Projeto de Lei 5.120/2001). Estabelece o art. 12 da norma projetada que as agências de turismo respondem objetivamente pelos danos causados por defeitos nos serviços prestados diretamente ou contratados de terceiros e por estes prestados ou executados. Porém, a agência de viagens que intermediar a contratação de serviços turísticos organizados e prestados por terceiros, inclusive os oferecidos por operadoras turísticas, não responde pela sua prestação ou execução, salvo nos casos de culpa (art. 13 do projeto).

Além disso, nos termos do art. 14 do projeto de lei, ressalvados os casos de comprovada força maior, razão técnica ou expressa responsabilidade legal de outras entidades, a agência de viagens e turismo promotora e organizadora de serviços turísticos será a responsável pela prestação efetiva dos mencionados serviços e pelo reembolso devido aos consumidores por serviços não prestados, conforme convencionado. Por fim, estabelece-se que agências de viagens e turismo não respondem diretamente por atos e fatos decorrentes da participação de prestadores de serviços específicos cujas atividades estejam sujeitas à legislação especial, ou tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, ou dependam de autorização, permissão ou concessão (art. 15 do projeto).

Superada essa intrincada questão, sabe-se que incide o prazo prescrional de cinco anos para a ação de reparação de danos decorrentes do fato do serviço ou defeito (acidente de consumo), iniciando-se a sua contagem a partir do conhecimento do dano e de sua autoria (art. 27 do CDC).

A ilustrar o fato do serviço, um consumidor vai até um restaurante na cidade de São Paulo em seu automóvel. O estabelecimento oferece serviço de estacionamento ou *valet* na porta. O dono do veículo entrega as chaves ao manobrista, que se descuida, e o carro é furtado. No caso em questão, há fato do serviço diante do prejuízo do valor do veículo, presente a responsabilidade solidária entre o restaurante, a empresa prestadora do serviço de estacionamento e o próprio manobrista. Os dois primeiros têm responsabilidade objetiva, enquanto o último tem responsabilidade subjetiva, porque se trata de profissional liberal (art. 14, § 4º, da Lei 8.078/1990). O prazo para a ação condenatória é

de cinco anos, a contar do evento danoso, no caso.

Encerrando o presente tópico, a verdade é que existem grandes debates jurisprudenciais a respeito do enquadramento do evento como vício ou fato do serviço e do correspondente prazo para exercício do direito. Para a correta diferenciação, valem as lições inaugurais do presente capítulo. A título de exemplo, se estiverem presentes danos morais em decorrência do atraso no serviço de transporte, a hipótese é de fato do serviço, subsumindo-se o prazo prescricional de cinco anos:

> "Juizados especiais. Direito do consumidor. Vício na prestação de serviço de transporte terrestre que enseja fato do serviço. Prescrição. Dano moral. 1. Em caso de vício do produto ou serviço aplicável se mostra o art. 26, do Código de Defesa do Consumidor; no presente caso, o vício do serviço teve desdobramentos, consistentes no atraso da viagem por mais de três horas, o que configura fato do serviço, sendo aplicável o disposto no art. 27, do mesmo Código, não tendo ainda transcorrido o prazo de cinco anos legalmente previsto. 2. O atraso em viagem empreendida por empresa de transporte terrestre, superior a três horas, decorrente de defeitos mecânicos apresentados pelo ônibus, deixando os passageiros à míngua, tendo que suportar fome, calor, mal cheiro e desconforto do veículo durante a noite, consubstancia dano moral, ultrapassando os meros dissabores e aborrecimentos do cotidiano e dando ensejo à reparação pleiteada. 3. O valor fixado a título de indenização por danos morais (R$ 3.000,00) guarda pertinência com o quadro fático evidenciado, obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, especialmente considerando-se a natureza, gravidade e extensão do dano. 4. Recorrente condenado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. 5. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 46, da Lei 9.099/1995" (TJDF – Recurso 2009.07.1.035079-2 – Acórdão 484.675 – Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF – Rel. Juiza Rita de Cassia de Cerqueira Lima Rocha – *DJDFTE* 04.03.2011, p. 252).

Por fim, a cobrança indevida de um serviço que causa dano moral também se enquadra no fato do serviço, subsumindo-se mais uma vez o citado prazo legal. Por todos:

> "Apelação cível. Responsabilidade civil. Contrato de telefonia. Decadência. Inocorrência. Cobrança indevida de serviço não contratado. Não comprovada a solicitação. Dano moral. Pessoa jurídica. Não demonstrado. Repetição em dobro. Possibilidade. Ônus sucumbencial. 1. Não se aplica ao caso o prazo decadencial do art. 26, II, do CDC, uma vez que reclama a autora a inexigibilidade dos débitos por serviço supostamente não contratado; não se trata de vício de serviço, mas sim de reparação de danos por fato do serviço, que prevê prazo prescricional de cinco anos, nos termos do art. 27 da legislação consumerista. 2. Caracterizada a ilicitude da parte ré, uma vez que inseriu serviços de telefonia na fatura mensal da autora sem que esta tivesse requisitado. Contudo, mesmo sendo possível a caracterização do dano moral para pessoa jurídica, este não restou devidamente comprovado. Sequer demonstrou a autora o cadastro de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, sendo que os aborrecimentos, em razão das dificuldades para solucionar o caso, não configuram, por si só, situação geradora de dano moral. 3. Nos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC, é devida a repetição do indébito apenas da quantia efetivamente paga e comprovada. 4. Sucumbência redimensionada. Apelo parcialmente provido. Unânime" (TJRS – Apelação Cível 70037229648, Santa Rosa – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Íris Helena Medeiros Nogueira – j. 15.09.2010 – *DJERS* 23.09.2010).

Finalizado o estudo das quatro situações específicas de responsabilidade consumerista, parte-se à abordagem aprofundada do conceito de consumidor por equiparação, para os fins de responsabilização privada.

4.3. O CONSUMIDOR EQUIPARADO E A RESPONSABILIDADE CIVIL. APROFUNDAMENTOS QUANTO AO TEMA E CONFRONTAÇÕES EM RELAÇÃO AO ART. 931 DO CÓDIGO CIVIL

Como exaustivamente demonstrado no capítulo anterior, o CDC amplia substancialmente o conceito de consumidor, ao consagrar o enquadramento do consumidor equiparado, por equiparação

o u *bystander*. Consagra o art. 17 da Lei 8.078/1990 que todos os prejudicados pelo evento de consumo, ou seja, todas as vítimas, mesmo não tendo relação direta de consumo com o prestador ou fornecedor, podem ingressar com ação fundada no Código de Defesa do Consumidor, visando a responsabilização objetiva do agente causador do dano. Como bem aponta a doutrina mais apurada, "basta ser 'vítima' de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC".[46]

A construção ampliativa merece louvor, diante dos riscos decorrentes da prestação ou fornecimento na sociedade de consumo de massa. Quebra-se, assim, a ideia de imediatismo da clássica responsabilidade civil, ampliando-se o nexo causal, pela relação de solidariedade em relação a terceiros prejudicados. Comparativamente, o Código Civil de 2002 não tem regra semelhante, constituindo este conceito do Código de Defesa do Consumidor uma ampliação interessante da teoria do risco.

A título de ilustração, imagine-se o caso de compra de um eletrodoméstico, de uma televisão. Várias pessoas estão na residência do consumidor-comprador assistindo a um filme, quando, de repente, o aparelho explode, atingindo todos os que estão à sua volta. Pois bem, não só o comprador do aparelho, que manteve a relação contratual direta com o fabricante, mas todos aqueles prejudicados pelo evento danoso poderão pleitear indenização daquele, eis que são *consumidores por equiparação ou bystanders* (art. 17 da Lei 8.078/1990). O raciocínio jurídico é que se um produto inseguro foi colocado no mercado, deve existir a responsabilidade, já que a empresa que o produziu dele retirou lucros e riqueza (*risco-proveito*). Se a sua colocação no mercado gera riscos à coletividade, a empresa fornecedora ou prestadora deverá assumir os ônus deles decorrentes (*risco criado*).

Partindo para outras ilustrações mais concretas, retome-se o exemplo exposto no capítulo anterior do livro, de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de reconhecer como consumidor equiparado o proprietário de um imóvel sobre o qual caiu um avião (STJ – REsp 540.235/TO – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – *DJ* 06.03.2006). Mais recentemente concluiu o Tribunal da Cidadania no mesmo sentido, em julgado similar, relativo ao acidente da TAM ocorrido no Aeroporto de Congonhas em 1996. O acórdão foi assim publicado no seu *Informativo n*. 525:

> "Direito do consumidor. Prazo de prescrição da pretensão de ressarcimento por danos decorrentes da queda de aeronave. É de cinco anos o prazo de prescrição da pretensão de ressarcimento de danos sofridos pelos moradores de casas atingidas pela queda, em 1996, de aeronave pertencente a pessoa jurídica nacional e de direito privado prestadora de serviço de transporte aéreo. Isso porque, na hipótese, verifica-se a configuração de um fato do serviço, ocorrido no âmbito de relação de consumo, o que enseja a aplicação do prazo prescricional previsto no art. 27 do CDC. Com efeito, nesse contexto, enquadra-se a sociedade empresária no conceito de fornecedor estabelecido no art. 3º do CDC, enquanto os moradores das casas atingidas pela queda da aeronave, embora não tenham utilizado o serviço como destinatários finais, equiparam-se a consumidores pelo simples fato de serem vítimas do evento (*bystanders*), de acordo com o art. 17 do referido diploma legal. Ademais, não há dúvida de que o evento em análise configura fato do serviço, pelo qual responde o fornecedor, em consonância com o disposto do art. 14 do CDC. Importante esclarecer, ainda, que a aparente antinomia entre a Lei 7.565/1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica –, o CDC e o CC/1916, no que tange ao prazo de prescrição da pretensão de ressarcimento em caso de danos sofridos por terceiros na superfície, causados por acidente aéreo, não pode ser resolvida pela simples aplicação das regras tradicionais da anterioridade, da especialidade ou da hierarquia, que levam à exclusão de uma norma pela outra, mas sim pela aplicação coordenada das leis, pela interpretação integrativa, de forma a definir o verdadeiro alcance de cada uma delas à luz do caso concreto. Tem-se,

portanto, uma norma geral anterior (CC/1916) – que, por sinal, sequer regulava de modo especial o contrato de transporte – e duas especiais que lhe são posteriores (CBA/1986 e CDC/1990). No entanto, nenhuma delas expressamente revoga a outra, é com ela incompatível ou regula inteiramente a mesma matéria, o que permite afirmar que essas normas se interpenetram, promovendo um verdadeiro diálogo de fontes. A propósito, o CBA regula, nos arts. 268 a 272, a responsabilidade do transportador aéreo perante terceiros na superfície e estabelece, no seu art. 317, II, o prazo prescricional de dois anos da pretensão de ressarcimento dos danos a eles causados. Essa norma especial, no entanto, não foi revogada, como já afirmado, nem impede a incidência do CDC quando evidenciada a relação de consumo entre as partes envolvidas. Destaque-se, por oportuno, que o CBA não se limita a regulamentar apenas o transporte aéreo regular de passageiros, realizado por quem detenha a respectiva concessão, mas todo serviço de exploração de aeronave, operado por pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, com ou sem fins lucrativos. Assim, o CBA será plenamente aplicado, desde que a relação jurídica não esteja regida pelo CDC, cuja força normativa é extraída diretamente da CF (art. 5º, XXXII). Ademais, não há falar em incidência do art. 177 do CC/1916, diploma legal reservado ao tratamento das relações jurídicas entre pessoas que se encontrem em patamar de igualdade, o que não ocorre na hipótese" (STJ – REsp 1.202.013/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 18.06.2013).

Como se percebe, o aresto traz importante debate sobre a incidência do prazo prescricional para a demanda de responsabilidade civil proposta pelos familiares das vítimas, concluindo pela incidência do prazo de cinco anos, tratado pelo art. 27 do Código Consumerista. A tese do *diálogo das fontes* pode ser retirada da ementa, pelas menções ao Código Brasileiro da Aeronáutica e ao Código Civil de 1916; prevalecendo o CDC por ser mais favorável aos prejudicados pelo evento danoso, no caso concreto.

Seguindo nos exemplos, do mesmo Tribunal Superior, serve o exemplo das vítimas atingidas pela explosão de uma fábrica de fogos de artifício, consideradas consumidoras equiparadas:

"Processual civil. Ação civil pública. Explosão de loja de fogos de artifício. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa da Procuradoria de Assistência Judiciária. Responsabilidade pelo fato do produto. Vítimas do evento. Equiparação a consumidores. I. Procuradoria de assistência judiciária tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do art. 82 e incisos do CDC, bem assim do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. I. Em consonância com o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vêm a sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 181.580/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 09.12.2003 – *DJ* 22.03.2004, p. 292).

Anote-se que o Superior Tribunal de Justiça também concluiu serem consumidores todos os prejudicados pela explosão de uma barragem, conforme ementa a seguir transcrita:

"Agravo regimental. Ação de indenização. Rompimento de barragem. Equiparação ao consumidor. Inversão do ônus da prova. Matéria de prova. Reexame. Inviabilidade. Súmula 7/STJ. Decisão agravada mantida. Improvimento. 1. Consumidor por equiparação, aplicação do art. 17 do CDC. 2. Houve o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor, assim como da verossimilhança de suas alegações, julgando atendidas as exigências encartadas no art. 6º, VIII, do CDC. A inversão do ônus da prova foi concedida após a apreciação de aspectos ligados ao conjunto fático-probatório dos autos. O reexame de tais elementos, formadores da convicção do juiz da causa, não é possível na via estreita do recurso especial por exigir a análise e matéria de prova. 3. A pretensão recursal esbarra na Súmula 7/STJ. 4. Agravo improvido com aplicação de multa" (STJ – AgRg-Ag 1.321.999/MG – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 19.10.2010 – *DJE* 04.11.2010).

Mais recentemente, em julgado do ano de 2011, aquela Corte considerou como consumidores equiparados os pais de uma criança que foi atacada por animais em um circo. Considerou-se ainda a

solidariedade entre todos os envolvidos com a prestação de serviço *(fato do serviço ou defeito)*. Vejamos a publicação no *Informativo n*. 468 do STJ: Manual de Direito do Consumidor.indb 180

> "Danos morais. Responsabilidade solidária. CDC. Trata-se de ação indenizatória por danos materiais e morais ajuizada pelos pais em decorrência da morte de filho (seis anos), atacado e morto por leões durante espetáculo de circo instalado na área contígua a *shopping center*. O menor fora tirar fotos com cavalos acompanhado por prepostos do circo quando os leões que aguardavam em jaula precária para participar do espetáculo o puxaram entre as grades. Para as instâncias ordinárias, a locação do espaço para a instalação do circo firmada pelas empresas locadoras rés, ora recorrentes (integrantes do mesmo grupo societário do *shopping*), teve a motivação de atrair o público consumidor e elevar os lucros, caracterizando uma relação de consumo; daí se reconhecer a legitimidade das empresas locadoras para responderem à ação solidariamente, visto que consentiram na instalação do circo com total falta de segurança, de recursos humanos e físicos (segundo apurou o laudo da Secretaria de Defesa Social). Isso porque o contrato de locação foi firmado em papel timbrado com logotipo do *shopping* em que as empresas figuravam como locadoras e o circo se obrigava, entre outras coisas, a fornecer 500 convites para os espetáculos e obedecer às normas do *shopping center*; os aluguéis e encargos eram pagos na administração do condomínio do *shopping*, tudo a indicar que havia ligação administrativa e financeira entre o *shopping* e as empresas locadoras. Agora, no REsp, discute-se a extensão da responsabilidade das empresas locadoras pelo evetno danoso e o *quantum* da indenização fixado pelas instâncias ordinárias em R$ 1 milhão. Para o Min. Relator, diante das peculiaridades do caso concreto analisadas no tribunal *a quo*, não cabe falar em ilegitimidade *ad causam* das litisconsortes passivas (empresas locadoras recorrentes). Assim, examinou as razões do TJ para condená-las por equiparação a consumidor nos termos do art. 17 do CDC. Explicou o Min. Relator que o citado artigo estende o conceito de consumidor àqueles que, mesmo não sendo consumidores diretos, acabam sofrendo as consequências do acidente de consumo, ou seja, as vítimas do evento (*bystanders*). Na hipótese, as recorrentes não conseguiram provas de que a locação do circo não representava serviço que o condomínio do *shopping*, sócio das empresas recorrentes, pôs à disposição dos frequentadores. Dessa forma, nesse caso, o ônus da prova caberia ao fornecedor. Asseverou que o novo Código Civil, no art. 927, parágrafo único, admite a responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco ao direito de outrem. Observou, ainda, que a responsabilidade indireta, no caso dos autos, vem do risco da própria atividade (apresentação de animais selvagens), sendo inerente a obrigação de zelar pela guarda dos frequentadores e consumidores, o que garante à vítima ser indenizada (art. 93 do CC/2002 e Súm. 130-STJ). Já o *quantum* foi reduzido a R$ 275 mil, com correção monetária a contar desse julgamento e juros contados da data do evento danoso. Diante do exposto, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 476.428-SC, *DJ* 09.05.2005; REsp 181.580-SP, *DJ* 22.03.2004; REsp 7.134-SP, *DJ* 08.04.1991; e REsp 437.649-SP, *DJ* 24.02.2003" (STJ – REsp 1.100.571/PE – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 07.04.2011).

Ainda a ilustrar, igualmente, a hipótese do pneu de um veículo que explode, sendo considerado consumidor o prejudicado correspondente (TJPR – Recurso 167271-7 – Acórdão 5298, Ponta Grossa – Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Rafael Augusto Cassetari – j. 11.08.2005). Em sentido semelhante, julgado paulista que considerou consumidor equiparado a vítima atingida pelo botijão de gás que explodiu (TJSP – Apelação 9133219-54.2003.8.26.0000 – Acórdão 4866894, São Paulo – Nona Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Antonio Vilenilson – j. 28.09.2010 – *DJESP* 24.01.2011). Ou, ainda, o consumidor que foi atingido em um supermercado por uma cadeira de bebê defeituosa (TJDF – Recurso 2007.01.1.137336-6 – Acórdão 490.960 – Primeira Turma Cível – Rel. Des. Flavio Rostirola – *DJDFTE* 30.03.2011, p. 147). Por fim, cite-se interessante decisão do Tribunal Fluminense, que considerou consumidor por equiparação a pessoa que foi atingida por vigilantes da transportadora de valores em perseguição a criminosos na via pública (TJRJ – Apelação Cível 2009.001.70719 – Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Katya Monnerat – j. 08.07.2010 – *DORJ* 12.07.2010, p. 185).

A construção *bystander* não é aplicada somente para os fins de uma responsabilização extracontratual, mas também em decorrência do contrato de consumo, eis que o CDC rompeu com o sistema dual de responsabilidade civil, como exposto ao início do presente capítulo. Dessa feita, é comum a incidência da ideia para os casos de *cliente bancário clonado*.

Imagine-se a hipótese de alguém que tem toda a documentação furtada ou roubada. O criminoso ou um terceiro, munido desses documentos, vai até um banco e abre uma conta corrente em nome da vítima, emitindo vários cheques sem fundos, fazendo com que o seu nome seja inscrito em cadastro de inadimplentes. O *clonado*, na situação descrita, poderá ingressar com demanda em face da instituição bancária, subsumindo-se a responsabilidade objetiva com base no art. 17 do CDC (a título de exemplo: TJMG – Apelação Cível 0324980-05.2010.8.13.0145, Juiz de Fora – Décima Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Domingos Coelho – j. 02.03.2011 – *DJEMG* 21.03.2011; TJDF – Recurso 2009.01.1.145985-8 – Acórdão 477.397 – Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF – Rel. Juíza Rita de Cassia de Cerqueira Lima Rocha – *DJDFTE* 04.02.2011, p. 242; TJRS – Apelação Cível 70024134561, Getúlio Vargas – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Íris Helena Medeiros Nogueira – j. 09.07.2008 – *DOERS* 17.07.2008, p. 28; e TJES – Apelação Cível 35020208357 – Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Carlos Henrique Rios do Amaral – *DJES* 19.11.2009, p. 20).

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de incidente de recursos repetitivos, acabou por concluir pela responsabilização da instituição bancária em casos tais. Com tom elucidativo, vejamos a publicação no *Informativo 481* daquele Tribunal Superior:

> "Repetitivo. Fraude. Terceiros. Abertura. Conta-corrente. Trata-se, na origem, de ação declaratória de inexistência de dívida cumulada com pedido de indenização por danos morais ajuizada contra instituição financeira na qual o recorrente alega nunca ter tido relação jurídica com ela, mas que, apesar disso, teve seu nome negativado em cadastro de proteção ao crédito em razão de dívida que jamais contraiu, situação que lhe causou sérios transtornos e manifesto abalo psicológico. Na espécie, o tribunal *a quo* afastou a responsabilidade da instituição financeira pela abertura de conta-corrente em nome do recorrente ao fundamento de que um terceiro a efetuou mediante a utilização de documentos originais. Assim, a Seção, ao julgar o recurso sob o regime do art. 543-C do CPC c/c a Res. n. 8/2008-STJ, entendeu que as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – por exemplo, a abertura de conta-corrente ou o recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos –, uma vez que tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento. Daí, a Seção deu provimento ao recurso e fixou a indenização por danos morais em R$ 15 mil com correção monetária a partir do julgamento desse recurso (Súm. n. 362-STJ) e juros de mora a contar da data do evento danoso (Súm. n. 54-STJ), bem como declarou inexistente a dívida e determinou a imediata exclusão do nome do recorrente dos cadastros de proteção ao crédito, sob pena de multa de R$ 100,00 por dia de descumprimento" (STJ – REsp 1.197.929/PR – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 24.08.2011).

A questão se consolidou de tal forma que, no ano de 2012, foi editada a Súmula 479 daquela Corte Superior, com tom ampliado, abrangendo outras hipóteses de fraudes bancárias praticadas por terceiros: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias". De toda sorte, a ementa mereceria um reparo, eis que, para este autor, todas as fraudes bancárias praticadas por terceiros configuram fortuitos internos. A súmula parece demonstrar que alguns eventos podem ser tidos como externos, o que é um equívoco pensar.

Superados esses exemplos, deve ficar claro que, segundo o entendimento majoritário, o conceito de consumidor equiparado somente se refere às hipóteses de fato do produto ou do serviço, e não ao vício, o que visa a restringir a aplicação do conceito. Nessa linha de pensamento, colaciona-se decisão do STJ:

> "Civil e processual civil. Ação de indenização. Extravio de bagagens do preposto contendo partituras a serem executadas em espetáculo organizado pela empresa autora. Legitimidade ativa *ad causam*. Equiparação ao consumidor. Impossibilidade. Teoria

da asserção. Empresa autora beneficiária do contrato havido entre o maestro e a ré. Responsabilidade extracontratual. 1. Em caso de defeito de conformidade ou vício do serviço, não cabe a aplicação do art. 17, CDC, pois a Lei somente equiparou as vítimas do evento ao consumidor nas hipóteses dos arts. 12 a 16 do CDC. 2. A teoria da asserção, adotada pelo nosso sistema legal, permite a verificação das condições da ação com base nos fatos narrados na petição inicial. 3. No caso em exame, como causa de pedir e fundamentação jurídica, a autora invocou, além do Código de Defesa do Consumidor, também o Código Civil e a teoria geral da responsabilidade civil. 4. Destarte, como o acórdão apreciou a causa apenas aplicando o art. 17, CDC, malferindo o dispositivo legal, o que, como examinado, por si só, no caso concreto, não implica em ilegitimidade passiva da autora, a melhor solução para a hipótese é acolher em parte o recurso da ré, apenas para cassar o acórdão, permitindo que novo julgamento seja realizado, apreciando-se todos os ângulos da questão, notadamente o pedido com base na teoria geral da responsabilidade civil. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido" (STJ – REsp 753.512/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha – Rel. p/Acórdão Min. Luis Felipe Salomão – j. 16.03.2010 – *DJe* 10.08.2010).

Particularmente quanto aos negócios jurídicos, o conceito de consumidor *bystander* mantém relação com o princípio da função social dos contratos, constituindo exceção à relatividade dos efeitos contratuais, nos termos do que consta do Enunciado 21 CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, *in verbis:* "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito". Tal conclusão representa clara aplicação da eficácia externa da função social dos contratos, exposta no Capítulo 2 desta obra.

Pois bem, há uma forte interação entre o conceito de consumidor equiparado e a regra do art. 931 do Código Civil de 2002, dispositivo que merece transcrição para os devidos aprofundamentos:

> "Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação".

Como se pode observar, o comando em destaque consagra a responsabilidade objetiva das empresas que fornecem produtos ao mercado de consumo. O grande debate que existe no campo doutrinário reside em saber se a norma constitui ou não uma novidade no sistema de responsabilidade civil.

Na opinião deste autor, a melhor conclusão é de que tal dispositivo privado não revogou o que estabelece a Lei 8.078/1990 a respeito da responsabilidade civil pelo fato do produto, sendo certo que somente foi mantido tal comando na nova codificação porque, quando da sua elaboração, o Código de Defesa do Consumidor ainda não existia em nosso ordenamento jurídico. Não se trata, assim, de uma novidade introduzida pelo CC/2002, pois o CDC já atingia os empresários individuais e empresas, nas relações que estes mantinham com os destinatários finais – pelo que consta dos arts. 2º e 3º da Lei Consumerista –, bem como nas relações com outras empresas, como consumidores equiparados (arts. 17 e 29).

De qualquer maneira, há corrente doutrinária respeitável que sustenta ser o dispositivo uma novidade no sistema, pois o seu conteúdo não tinha tratamento no Código Protetivo. Essa é a opinião de Maria Helena Diniz, no seguinte sentido: "Logo, o artigo *sub examine* terá aplicação nas hipóteses que não configurarem relação de consumo, visto que esta recai sob a égide da Lei 8.078/1990, que continuará regendo os casos de responsabilidade civil pelo fato ou vício do produto. Assim, esse dispositivo consagra a responsabilidade civil objetiva de empresa ou empresário pelo risco advindo da sua atividade empresarial, provocado por produto, colocado em circulação junto ao público, p. ex., a terceiro (montador de veículo), lesado pelo seu produto (peça

de automóvel contendo grave defeito de fabricação) posto em circulação. O mesmo se diga de companhia distribuidora de gás, que responderá pelo dano causado a terceiro (transeunte) pela explosão de botijão que transporta".[47] A *opinio* sustentada é que o comando tem incidência na relação interna entre fornecedores, quando o produto posto em circulação pelo primeiro causa dano a um segundo fornecedor, o que é compartilhado por Gustavo Tepedino.[48] No mesmo sentido, dispõe o Enunciado 42 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que "o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos". Na mesma linha, o Enunciado 378 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, pelo qual "Aplica-se o art. 931 do Código Civil, haja ou não relação de consumo".

Ora, com o devido respeito, a lógica de extensão de responsabilidades já poderia ser retirada do art. 17 do CDC, o que afasta a tese da *novidade*. Aliás, para beneficiar o empresário consumidor equiparado, pode ser perfeitamente utilizado o sistema consumerista. Da mesma forma quanto ao consumidor padrão, retirado do art. 2º da Lei 8.078/1990. Partilhando dessas ideias, em contradição com o enunciado doutrinário anterior, o Enunciado 190, da *III Jornada de Direito Civil*, com a seguinte redação: "A regra do art. 931 do CC não afasta as normas acerca da responsabilidade pelo fato do produto previstas no art. 12 do CDC, que continuam mais favoráveis ao consumidor lesado". Vejamos as justificativas do enunciado apresentadas naquele evento pelo atual Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino:

> "Na realidade, a norma do art. 931 não pode ser interpretada na sua literalidade, sob pena de inviabilização de diversos setores da atividade empresarial (*v.g.*, fabricantes de facas).
>
> A mais razoável é uma interpretação teleológica, conforme preconiza Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 187), conjugando a norma do art. 931 do CC com a do § 1º do art. 12 do CDC e exigindo-se que o produto não apresente a segurança legitimamente esperada por seu usuário.
>
> Com essa interpretação do art. 931 do CC, que é necessária para se evitar a ocorrência de exageros, verifica-se que o sistema de responsabilidade pelo fato do produto (acidentes de consumo) constante do CDC continua mais favorável ao consumidor lesado.
>
> Em primeiro lugar, o CDC acolhe o princípio da reparação integral do dano sofrido pelo consumidor no seu art. 6º, VI, sem qualquer restrição. Isso impede a aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC, que permite a redução da indenização na medida da culpabilidade.
>
> Em segundo lugar, o prazo de prescrição do CDC continua em cinco anos (art. 27), enquanto o do CC foi reduzido para apenas três anos nas ações de reparação de danos (art. 206, § 3º, V).
>
> Em terceiro lugar, o sistema de responsabilidade por acidentes de consumo do CDC (arts. 12 a 17), que inclui o fato do produto e o fato do serviço, apresenta-se mais completo na proteção do consumidor do que aquele constante do CC, como fazem a limitação das hipóteses de exoneração da responsabilidade civil (§ 3º do art. 12) e ampliação do conceito de consumidor para abranger todas as vítimas de acidentes de consumo (art. 17).
>
> Portanto, essas breves considerações denotam que o regime de responsabilidade pelo fato do produto do CDC continua mais vantajoso ao consumidor do que o do CC".

Vislumbrando mais um exemplo prático, imagine-se uma farmácia de uma cidade do interior que comercializa um lote de remédios estragados, assim entregues por fato do fabricante. Os consumidores ingressam com demandas contra a farmácia com base no vício do produto. Porém, após a notícia, a farmácia fica com péssima imagem perante o mercado local, sofrendo danos materiais e morais. Ingressará então a pessoa jurídica com demanda em face do fabricante dos

medicamentos. Ora, é perfeitamente possível enquadrá-la como consumidora equiparada, nos termos do art. 17 do CDC, incidindo toda a proteção da norma consumerista. Com tom subsidiário, pode ser também utilizado o art. 931 do CC/2002. Destaque-se que esse efeito subsidiário do dispositivo privado foi reconhecido por acórdão do Tribunal Mineiro, em demanda envolvendo um consumidor padrão:

> "Consumidor. Fornecedor de produtos. Vícios de qualidade. Responsabilidade objetiva. Causa excludente. Danos materiais e morais. 1. A responsabilidade do fornecedor de produtos pelos defeitos destes é objetiva, conforme previsto no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, bem como na regra subsidiária contida no art. 931 do Código Civil. 2. Em casos de imputação objetiva do dever de indenizar, compete à vítima provar a ocorrência do fato e que dele adveio um dano. Por outro lado, o agente pode se eximir da responsabilidade em algumas hipóteses, entre as quais se destacam aquelas expressamente contempladas no art. 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. 3. Não provada qualquer causa excludente do dever de indenizar, impõe-se a responsabilização do agente. 4. Os danos materiais emergentes consistem naquilo que a vítima efetivamente perdeu pelo inadimplemento de uma obrigação que incumbia ao agente. Demonstrados os danos, é procedente o pedido. 5. Não se exige a comprovação efetiva do dano moral. No entanto, é necessário que a vítima demonstre a violação ao *neminem laedere* e que a argumentação por ela trazida convença o julgador de sua existência. Em regra, o descumprimento contratual não enseja condenação por danos morais. Meros dissabores, aborrecimentos, percalços do dia a dia, não são suficientes à caracterização do dever de indenizar. Recurso provido em parte" (TJMG – Apelação Cível 1.0471.05.045078-5/0011, Pará de Minas – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Wagner Wilson – j. 03.12.2008 – *DJEMG* 16.01.2009).

À luz da teoria do *diálogo das fontes*, que procura uma interação de complementaridade entre os dois Códigos, essa parece ser a melhor conclusão, o que faz com a discussão perca relevo. Isso é muito bem observado por Bruno Miragem, a quem este autor está filiado e, que ensina em precisas lições: "parece claro que o art. 931 do CC não pode afastar o regime legal do CDC. Mas pode somar-se a este. A presença do defeito e, de certo modo, da presunção de defeito, por ocasião do dano causado por produtos ou serviços (cabe ao fornecedor demonstrar sua inexistência), é requisito necessário para fazer incidir a responsabilidade civil com fundamento no CDC. Isto não exclui que, por intermédio do diálogo das fontes, se encontre um efeito útil para a norma, sobretudo em vista na finalidade da responsabilidade objetiva por danos causados por produtos, que em primeiro plano é a proteção do consumidor no mercado de consumo".[49]

A propósito, seguindo essa lógica de interação entre as duas leis mais importantes para o Direito Privado Brasileiro, na *VI Jornada de Direito Civil*, realizada em 2013, aprovou-se o Enunciado n. 562 CJF/STJ, segundo o qual "aos casos do art. 931 do Código Civil aplicam-se as excludentes da responsabilidade objetiva". Em suma, o preceito civil deve ser interpretado de acordo com as excludentes de responsabilidade civil tratadas pelo CDC, tema abordado no tópico a seguir, que merecerá os devidos aprofundamentos.

4.4. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como é notório, a Lei 8.078/1990 consagra excludentes próprias de responsabilidade civil nos seus arts. 12, § 3º, e 14, § 3º que, para afastar o dever de indenizar, devem ser provadas pelos fornecedores e prestadores, ônus que sempre lhes cabe. O primeiro dispositivo é aplicado às hipóteses de responsabilidade pelo produto, estabelecendo o preceito que "O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não

colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". Ato contínuo, o último comando trata das excludentes do dever de reparar que decorre de serviço, enunciando que "O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". Vejamos tais excludentes expostas de forma separada.

4.4.1. As excludentes da não colocação do produto no mercado e da ausência de defeito

Como primeira excludente, a lei menciona a não colocação do produto no mercado (art. 12, § 3º, I) e a ausência de defeito no produto ou no serviço (art. 12, § 3º, II e art. 14, § 3º, I). Em suma, não haverá dever de indenizar por parte dos fornecedores e prestadores se não houver dano reparável. Como é notório, ausente o dano, ausente a responsabilidade civil, dedução que pode ser retirada, entre outros, do art. 927, *caput*, do CC/2002. A verdade é que a ausência de dano não constitui excludente de responsabilidade civil, mas falta de um de seus pressupostos, pecando o legislador consumerista por falta de melhor técnica nesse aspecto.

A título de exemplificação, cumpre destacar que muitos julgados apontam a ausência de defeito como excludente da responsabilidade civil das empresas de cigarro, pois um produto perigoso não é defeituoso (por todos: TJRJ – Apelação Cível 3531/2002, Rio de Janeiro – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Luiz Zveiter – j. 21.05.2002). O tema ainda será aprofundado no presente capítulo. Todavia, já fica clara a opinião do presente autor, no sentido de que há, no cigarro, um defeito na sua própria concepção, surgindo daí o dever de reparar das empresas tabagistas.

Também para ilustrar, concluiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que "Não sendo demonstrada a existência de defeito no princípio ativo do contraceptivo fabricado pela ré e o nexo causal entre a gravidez da autora e o uso do produto, não há se falar em dever de indenizar" (TJMG – Apelação Cível 0901337-22.2003.8.13.0433, Montes Claros – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Wagner Wilson – j. 20.10.2010 – *DJEMG* 19.11.2010).

A alegação de ausência de defeito pode, do mesmo modo, ser utilizada em casos de serviços médicos prestados a contento, não havendo qualquer equívoco na atuação do profissional, o que serve para afastar o dever de reparar do médico e do hospital (veja-se: TJPR – Apelação Cível 0698808-7, Curitiba – Décima Câmara Cível – Rel. Juiz Convocado Albino Jacomel Guerios – *DJPR* 15.10.2010, p. 516; TJRS – Apelação Cível 70023295231, Santa Cruz do Sul – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz – j. 09.10.2008 – *DOERS* 23.10.2008, p. 52; e TJRS – Apelação Cível 70013749148, Porto Alegre – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz – j. 26.01.2006).

Sobre a ausência de dano, deve ser feito um aparte, notadamente a respeito dos danos morais, os danos imateriais que atingem direitos da personalidade do consumidor. Isso porque são comuns no Brasil as *demandas frívolas*, em que se pleiteia a indenização imaterial sem qualquer fundamento para tanto.[50] Como bem decidido quando da *III Jornada de Direito Civil*, "O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material" (Enunciado 159 CJF/STJ).

De início, vejamos acórdão do Superior Tribunal de Justiça que afastou a indenização pela

aquisição de um pacote de bolachas com um objeto metálico, que não foi ingerido:

> "Responsabilidade civil. Produto impróprio para o consumo. Objeto metálico cravado em bolacha do tipo 'água e sal'. Objeto não ingerido. Dano moral inexistente. 1. A simples aquisição de bolachas do tipo 'água e sal', em pacote no qual uma delas se encontrava com objeto metálico que a tornava imprópria para o consumo, sem que houvesse ingestão do produto, não acarreta dano moral apto a ensejar reparação. Precedentes. 2. Verifica-se, pela moldura fática apresentada no acórdão, que houve inequivocamente vício do produto que o tornou impróprio para o consumo, nos termos do art. 18, *caput*, do CDC. Porém, não se verificou o acidente de consumo, ou, consoante o art. 12 do CDC, o fato do produto, por isso descabe a indenização pretendida. 3. De ofício, a Turma determinou a expedição de cópias à agência sanitária reguladora para apurar eventual responsabilidade administrativa. 4. Recurso especial principal provido e adesivo prejudicado" (STJ – REsp 1131139/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 16.11.2010 – *DJe* 01.12.2010).

De fato, aquele Tribunal Superior entende que, no caso de não ingestão do produto com problemas, não há que se falar em dano moral, conclusão já adotada para o caso de refrigerante com um inseto no seu interior (STJ – REsp 747.396/DF – Quarta Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 09.03.2010 – *DJe* 22.03.2010). Por outra via, se o produto for ingerido, cabe indenização por dano moral, conforme se extrai do seguinte acórdão, publicado no recente *Informativo n*. 472 do STJ:

> "Dano moral. Consumidor. Alimento. Ingestão. Inseto. Trata-se de REsp em que a controvérsia reside em determinar a responsabilidade da recorrente pelos danos morais alegados pelo recorrido, que afirma ter encontrado uma barata no interior da lata de leite condensado por ela fabricado, bem como em verificar se tal fato é capaz de gerar abalo psicológico indenizável. A Turma entendeu, entre outras questões, ser incontroverso, conforme os autos, que havia uma barata dentro da lata de leite condensado adquirida pelo recorrido, já que o recipiente foi aberto na presença de testemunhas, funcionários do Procon, e o laudo pericial permite concluir que a barata não entrou espontaneamente pelos furos abertos na lata, tampouco foi através deles introduzida, não havendo, portanto, ofensa ao art. 12, § 3º, do CDC, notadamente porque não comprovada a existência de culpa exclusiva do recorrido, permanecendo hígida a responsabilidade objetiva da sociedade empresária fornecedora, ora recorrente. Por outro lado, consignou-se que a indenização de R$ 15 mil fixada pelo tribunal *a quo* não se mostra exorbitante. Considerou-se a sensação de náusea, asco e repugnância que acomete aquele que descobre ter ingerido alimento contaminado por um inseto morto, sobretudo uma barata, artrópode notadamente sujo, que vive nos esgotos e traz consigo o risco de inúmeras doenças. Note-se que, de acordo com a sentença, o recorrente já havia consumido parte do leite condensado, quando, por uma das pequenas aberturas feitas para sorver o produto chupando da própria lata, observou algo estranho saindo de uma delas, ou seja, houve contato direto com o inseto, o que aumenta a sensação de mal-estar. Além disso, não há dúvida de que essa sensação se protrai no tempo, causando incômodo durante longo período, vindo à tona sempre que se alimenta, em especial do produto que originou o problema, interferindo profundamente no cotidiano da pessoa" (STJ – REsp 1.239.060-MG – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 10.05.2011).

Do mesmo modo, deduz-se, em sede de Superior Tribunal de Justiça, que a aquisição de um veículo novo com vício, por si só, não gera danos morais indenizáveis: "Recurso especial. Violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. Inocorrência. Ação de indenização. Compra de veículo 'zero' defeituoso. Danos morais. Inexistência. Mero dissabor. I. Não há falar em maltrato ao disposto no art. 535 da lei de ritos quando a matéria enfocada é devidamente abordada no âmbito do acórdão recorrido. II. Os danos morais surgem em decorrência de uma conduta ilícita ou injusta, que venha a causar forte sentimento negativo em qualquer pessoa de senso comum, como vexame, constrangimento, humilhação, dor. Isso, entretanto, não se vislumbra no caso dos autos, uma vez que os aborrecimentos ficaram limitados à indignação da pessoa, sem qualquer repercussão no mundo exterior. Recurso especial parcialmente provido" (STJ – REsp 628.854/ES – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 03.05.2007 – *DJ* 18.06.2007, p. 255).

Ainda para ilustrar, do *Informativo n*. 463 *do* STJ extrai-se ementa segundo a qual o envio ao

consumidor de cartão pré-pago não gera dano moral, havendo apenas uma má prestação de serviços, sem maiores repercussões no campo de prejuízos:

> "Dano moral. Cartão megabônus. O envio ao consumidor do denominado cartão megabônus (cartão pré-pago vinculado a programa de recompensas) com informações que levariam a crer tratar-se de verdadeiro cartão de crédito não dá ensejo à reparação de dano moral, apesar de configurar, conforme as instâncias ordinárias, má prestação de serviço ao consumidor. Mesmo constatado causar certo incômodo ao contratante, o envio não repercute de forma significativa na esfera subjetiva do consumidor. Também assim, a tentativa de utilizar o cartão como se fosse de crédito não vulnera a dignidade do consumidor, mostrando-se apenas como mero dissabor. Anote-se haver multiplicidade de ações que buscam essa reparação (mais de 60 mil) e que já foi editada a Súm. 149-TJRJ, do mesmo teor deste julgamento. Precedentes citados: REsp 1.072.308-RS, *DJe* 10.06.2010; REsp 876.527-RJ, *DJe* 28.04.2008; REsp 338.162-MG, *DJ* 18.02.2002; REsp 590.512-MG, *DJ* 17.12.2004, e REsp 403.919-MG, *DJ* 04.08.2003" (STJ – REsp 1.151.688-RJ – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 17.02.2011).

O que se concluiu, acertadamente, é que o mero descumprimento do negócio de consumo ou a má prestação do serviço, por si, não geram dano moral ao consumidor. Pelo bom-senso, pela equidade e pelas máximas de experiência, deve estar evidenciada a lesão aos direitos da personalidade, para que se possa falar em dano imaterial reparável. Isso, para que o nobre instituto do dano moral não caia em desprestígio.

Todavia, deve-se atentar para louvável ampliação dos casos de dano moral, em que está presente um *aborrecimento relevante*, notadamente pela *perda do tempo útil*. Como bem exposto por Vitor Guglinski, "a ocorrência sucessiva e acintosa de mau atendimento ao consumidor, gerando a perda de tempo útil, tem levado a jurisprudência a dar seus primeiros passos para solucionar os dissabores experimentados por milhares de consumidores, passando a admitir a reparação civil pela perda do tempo livre".[51]

A título de exemplo, fato corriqueiro que é, poder-se-ia imaginar que uma espera exagerada em fila de banco constituiria um mero aborrecimento, não caracterizador do dano moral ao consumidor. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido de forma contrária, condenando a instituição pelo excesso de tempo perdido pelo usuário do serviço. A *decisio* foi assim publicada no *Informativo* n. *504* daquela Corte Superior: "O dano moral decorrente da demora no atendimento ao cliente não surge apenas da violação de legislação que estipula tempo máximo de espera, mas depende da verificação dos fatos que causaram sofrimento além do normal ao consumidor. Isso porque a legislação que determina o tempo máximo de espera tem cunho administrativo e trata da responsabilidade da instituição financeira perante a Administração Pública, a qual poderá aplicar sanções às instituições que descumprirem a norma. Assim, a extrapolação do tempo de espera deverá ser considerada como um dos elementos analisados no momento da verificação da ocorrência do dano moral. No caso, além da demora desarrazoada no atendimento, a cliente encontrava-se com a saúde debilitada e permaneceu o tempo todo em pé, caracterizando indiferença do banco quanto à situação. Para a Turma, o somatório dessas circunstâncias caracterizou o dano moral. Por fim, o colegiado entendeu razoável o valor da indenização em R$ 3 mil, ante o caráter pedagógico da condenação. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.331.848-SP, *DJe* 13.09.2011; REsp 1.234.549-SP, *DJe* 10.02.2012, e REsp 598.183-DF, *DJe* 27.11.2006" (STJ – REsp 1.218.497/MT – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 11.09.2012). Sem dúvidas, trata-se de uma importante mudança no pensamento dos julgadores brasileiros, bem como de expressiva ampliação da ideia de dano moral.

Cabe ressaltar que o tema foi objeto de proposta de enunciado quando da *VI Jornada de Direito*

Civil, em 2013, formulada por Wladimir Alcebíades Marinho Falcão Cunha e que contou com o forte apoio deste autor. A proposição tinha o seguinte teor: "As microlesões do dia a dia, relacionadas à alteração da rotina e/ou do curso natural da vida do indivíduo em situações cotidianas do tráfego jurídico-econômico comum (labor, consumo, lazer etc.), vindo a ocasionar aborrecimentos relevantes e não meros aborrecimentos, integram a acepção lata de dano, pois também significam lesão a interesses ou bens jurídicos ligados à personalidade humana, ainda que em escala menos grave do que nos danos extrapatrimoniais. Como tal, tais lesões constituem danos extrapatrimoniais residuais e devem também ser indenizadas". Infelizmente, por uma pequena margem de votos, a proposta não foi aprovada naquele evento, que se tornou o mais importante do Direito Privado Brasileiro.

De toda sorte, a questão deve ser refletida pela comunidade jurídica nacional, uma vez que o filtro relativo aos meros aborrecimentos muitas vezes tem afastado pedidos justos de reparação imaterial de direitos dos consumidores.

4.4.2. A excludente da culpa ou fato exclusivo de terceiro

A culpa ou fato exclusivo de terceiro é fator obstante do nexo de causalidade, constituindo uma das excludentes da responsabilidade civil consumerista. Não se pode esquecer que o nexo de causalidade constitui *a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano causado*.[52] Assim sendo, as excludentes de nexo servem para qualquer modalidade de responsabilidade, seja ela subjetiva ou objetiva.

Apesar de a lei mencionar a *culpa* exclusiva de terceiro, seria melhor utilizar o termo *fato* exclusivo de terceiro, uma vez que a responsabilidade civil pelo CDC, em regra, independe de culpa, o que pode gerar a confusão. Na verdade, a expressão fato exclusivo é concebida em sentido amplo, a englobar a culpa (*desrespeito a um dever preexistente*) e o risco assumido por outrem (conduta acima da situação de normalidade, uma iminência de perigo que pode causar dano). Muitos acórdãos, acertadamente, preferem a expressão ampla (por todos: TJSP – Apelação 9059293-06.2004.8.26.0000 – Acórdão 4978699, Bauru – Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Rômolo Russo – j. 24.02.2011 – *DJESP* 23.03.2011; TJRS – Recurso Cível 71002709756, Porto Alegre – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Leandro Raul Klippel – j. 26.08.2010 – *DJERS* 02.09.2010; TJRJ – Apelação 2009.001.05440 – Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliere – j. 27.05.2009 – *DORJ* 14.07.2009, p. 55; e TJPR – Apelação Cível 0473497-4, Foz do Iguaçu – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Marcos de Luca Fanchin – *DJPR* 08.08.2008, p. 113).

Deve ficar claro que esse *terceiro* deve ser pessoa totalmente estranha à relação jurídica estabelecida. Se houver qualquer *relação de confiança* ou *de pressuposição* entre tal terceiro e o fornecedor ou prestador, o último responderá. Anote-se que, nos casos envolvendo a oferta ou publicidade, há norma específica a respeito da relação de pressuposição dos envolvidos com a publicidade, no art. 34 da Lei 8.078/1990.

Como bem observa Sérgio Cavalieri Filho, "Terceiro que integra a corrente produtiva, ainda que remotamente, não é terceiro; é fornecedor solidário. Assim, se a enfermeira, por descuido ou intencionalmente, aplica medicamente errado no paciente – ou em dose excessiva – causando-lhe a morte, não haverá nenhuma responsabilidade do fornecedor do medicamento. O acidente não decorreu de defeito do produto, mas da exclusiva conduta da enfermeira, caso em que deverá responder o hospital por defeito do serviço".[53] Por razões óbvias, o comerciante não pode ser considerado um *terceiro* no caso de um defeito que atinge o produto. Por todos os julgados, colaciona-se:

> "Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Consumo de produto colocado em circulação quando seu prazo de validade já havia transcorrido. 'Arrozina Tradicional' vencida que foi consumida por bebês que tinham apenas três meses de vida, causando-lhes gastroenterite aguda. Vício de segurança. Responsabilidade do fabricante. Possibilidade. Comerciante que não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo. Não configuração de culpa exclusiva de terceiro. Produto alimentício destinado especificamente para bebês exposto em gôndola de supermercado, com o prazo de validade vencido, que coloca em risco a saúde de bebês com apenas três meses de vida, causando-lhe gastroenterite aguda, enseja a responsabilização por fato do produto, ante a existência de vício de segurança previsto no art. 12 do CDC. O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo. A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante. Recurso especial não provido" (STJ – REsp 980.860/SP

– Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 23.04.2009 – *DJe* 02.06.2009).

Do mesmo Superior Tribunal de Justiça, repise-se o acórdão a respeito da morte ocorrida em *micareta*, o que ingressa no risco-proveito do serviço de lazer prestado, não cabendo a excludente do fato de terceiro:

> "Processual civil e consumidor. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Falecimento de menor em bloco participante de micareta. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Atuação de advogado sem procuração nos autos em audiência de oitiva de testemunhas. Prequestionamento. Ausência. Existência de fundamento inatacado. Deficiência na prestação do serviço de segurança oferecido pelo bloco constatada. Não ocorrência da culpa exclusiva de terceiro. Não há violação ao art. 535 do CPC quando ausentes omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos por violados constitui requisito específico de admissibilidade do recurso especial. É inadmissível o recurso especial se existe fundamento inatacado suficiente para manter a conclusão do julgado recorrido quanto ao ponto. Súmula 283/STF. Nos termos do art. 14, § 1º, CDC, considera-se defeituoso o serviço que não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar. Nas micaretas, o principal serviço que faz o associado optar pelo bloco é o de segurança, que, uma vez não oferecido da maneira esperada, como ocorreu na hipótese dos autos, em que não foi impedido o ingresso de pessoa portando arma de fogo no interior do bloco, apresenta-se inequivocamente defeituoso. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 878.265/PB – Terceira Turma – Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi – j. 02.10.2008 – *DJE* 10.12.2008).

Nota-se, na prática e na grande maioria das vezes, que o argumento da culpa ou fato exclusivo de terceiro não prospera, justamente pela existência da relação de pressuposição pelo produto ou serviço. Cite-se a comum situação em que a instituição bancária ou financeira alega que a fraude relativa ao *cliente clonado* foi causada por um terceiro totalmente estranho à relação, argumento que não acaba vingando (por todos: STJ – REsp 703.129/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 21.08.2007 – *DJ* 06.11.2007, p. 169).

Por fim, deve ser feito o alerta de que, no transporte de pessoas – em regra, um negócio de consumo –, a excludente da culpa ou fato exclusivo de terceiro não é cabível. Estabelece o art. 735 do Código Civil – que reproduz a antiga Súmula 187 do STF – que "A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva". Como se pode notar, a subsunção do Código Civil é melhor para os consumidores do que a aplicação do Código do Consumidor, devendo ser buscada a primeira norma pela festejada tese do *diálogo das fontes*. Então, naquele famoso caso do avião que caiu na região Centro-Oeste do Brasil, por ter sido atingido por um jatinho (culpa exclusiva de terceiro), a empresa aérea deve indenizar os familiares, consumidores por equiparação, pela incidência da norma civil. Por incrível que pareça, se fosse incidente o Código do Consumidor, isoladamente, a empresa aérea não responderia.

4.4.3. A excludente da culpa ou fato exclusivo do próprio consumidor

A culpa exclusiva do próprio consumidor representa a culpa exclusiva da vítima, outro *fator obstativo* do nexo causal, a excluir a responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva. Tem-se, na espécie, a autoexposição da própria vítima ao risco ou ao dano, por ter ela, por conta própria, assumido as consequências de sua conduta, de forma consciente ou inconsciente. Mais uma vez, por razões óbvias de ampliação, prefere-se o termo *fato exclusivo do consumidor*, a englobar a culpa e o risco, o que também é acompanhado pela melhor jurisprudência (veja-se: TJPR – Apelação Cível 0640090-8, Curitiba – Décima Câmara Cível – Rel. Juiz Convocado Albino Jacomel Guerios –

DJPR 16.04.2010, p. 270; TJRJ – Apelação 2009.001.16031 – Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Gabriel Zéfiro – *DORJ* 15.06.2009, p. 151; e TJMG – Apelação Cível 1.0701.03.039127-3/001, Uberaba – Décima Primeira Câmara Cível – Rel. Designado Des. Maurício Barros – j. 22.05.2006 – *DJMG* 21.07.2006).

Tem-se inicialmente a culpa ou o fato exclusivo do consumidor quando ele desrespeita as normas regulares de utilização do produto constantes do seu manual de instruções, muitas vezes por sequer ter lido o seu conteúdo.

Outro caso típico em que há *risco exclusivo* assumido pelo consumidor ocorre no *surfismo ferroviário*, prática que foi muito comum em São Paulo e no Rio de Janeiro, presente quando alguém, por ato de aventura ou desafio, viaja em cima do vagão do trem, o que exclui a responsabilidade objetiva do transportador, típica prestação de serviço (nesse sentido: STJ – REsp 160.051/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 05.12.2002 – *DJ* 17.02.2003, p. 268; e STJ – REsp 261.027/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Barros Monteiro – j. 19.04.2001 – *DJ* 13.08.2001, p. 164).

A respeito da culpa exclusiva da vítima, por desrespeito a norma regulamentar contratual, é comum a sua adoção para afastar a responsabilidade civil do médico, quando o paciente não toma as devidas medidas para a sua recuperação ou para o sucesso da intervenção. A título de exemplo, vejamos interessante julgado do Tribunal Gaúcho, que aplicou a premissa diante do uso do tabaco por parte da paciente médica de cirurgia plástica estética ou embelezadora:

> "Apelação cível. Ação monitória. Realização de cirurgia plástica embelezadora. Obrigação de resultado. Ausência de nexo causal. Culpa exclusiva da paciente. Uso indiscriminado de tabaco. Não havendo o reconhecimento na ação indenizatória (n. 1.06.0000582-0) proposta pela parte demandada (paciente) de defeito na prestação do serviço prestado por parte do autor (médico) e diante da prova inequívoca da realização de cirurgia e do acerto do valor da mesma entre as partes, justo se faz o pagamento da dívida existente por parte da ora apelante. Apelo desprovido. Unânime" (TJRS – Apelação Cível 70036200970, Bagé – Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Gelson Rolim Stockerm – j. 28.05.2010 – *DJERS* 09.06.2010).

Pelo mesmo caminho, quando um frequentador de casa noturna causa exclusivamente a confusão que gera a agressão física, não há que se falar em responsabilidade civil do prestador de serviços de lazer. Vejamos, nesse diapasão, acórdão do Tribunal de Minas Gerais:

> "Apelação cível. Responsabilidade civil. Danos morais. Tumulto em casa noturna. Retirada do autor. Agressão física. Legítima defesa demonstrada. Relação de consumo. Culpa exclusiva da vítima. Improcedência do pedido que se impõe. A responsabilidade civil dos prestadores de serviços por falha na prestação de serviços se sujeita aos preceitos do art. 14, do CDC, sendo certo o dever de indenizar se ele não provar a ocorrência de alguma causa excludente da responsabilidade objetiva, como a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, ou que inexiste o defeito ou falha na prestação do serviço. Tendo em vista que o conjunto fático-probatório dos autos comprovou que a parte autora causou tumulto em casa noturna, e que, por isso, foi retirado do local pelos seguranças, não há falar em conduta imotivada dos prepostos da réu. Se da prova testemunhal colhida demonstrou, também, que o autor investiu contra o chefe de segurança da ré, que, para se defender, desferiu-lhe um golpe, a solução de rigor é a improcedência do pedido, haja vista a demonstração de que os fatos se deram por culpa exclusiva do requerente, e, sob a ótica do CDC, presente a excludente de responsabilidade do prestador de serviços" (TJMG – Apelação Cível 4997061-38.2009.8.13.0024, Belo Horizonte – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Luciano Pinto – j. 13.01.2011 – *DJEMG* 01.02.2011).

Do mesmo modo, entende-se que se o correntista bancário não guardar devidamente o seu cartão magnético ficará evidente a sua culpa exclusiva, a excluir eventual responsabilidade por vício ou

fato do serviço. Do Tribunal de São Paulo:

> "Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Saques em conta corrente. Cartão magnético e senha utilizados por terceiro. Furto ocorrido na residência dos autores. Culpa exclusiva da vítima. Em que pese, regra geral, a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a relação jurídica travada entre instituição financeira e correntista, o dever de indenizar é afastado se o substrato probatório e fático dos autos comprovar que o correntista não zelou pela guarda segura de seu cartão e de sua senha pessoal, oportunizando, com isto, a atuação de terceiro fraudador. Ação improcedente. Recurso não provido" (TJSP – Apelação 990.10.263689-5 – Acórdão 4815381, Itápolis – Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Itamar Gaino – j. 10.11.2010 – *DJESP* 07.12.2010).

Igualmente a título de ilustração, se o próprio consumidor fizer instalações irregulares e em desacordo com a legislação vigente, a causar refluxo no esgoto e danificando móveis e utensílios, presente está a culpa exclusiva da vítima, a afastar o dever de indenizar do prestador do serviço correspondente (TJSP – Apelação 992.05.060392-1 – Acórdão 4355202, Bauru – Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Walter Zeni – j. 04.03.2010 – *DJESP* 31.03.2010). A dedução deve ser a mesma se o consumidor fraudar o serviço público, caso da energia elétrica (popular *gato*). Todavia, deve ficar claro que o ônus de tal comprovação cabe ao prestador do serviço (por todos: TJBA – Recurso Cível 0004662-71.2008.805.0079-1 – Terceira Turma Recursal – Rel. Juiz Baltazar Miranda Saraiva – *DJBA* 28.10.2010).

Como último exemplo contemporâneo relativo à culpa ou fato exclusivo do consumidor, no caso de existência de dívida, é perfeitamente lícita a inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplentes, o que constitui exercício regular de direito por parte do credor. Como tal excludente não consta expressamente do Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do que ocorre com o Código Civil (art. 188, II, do CC), o caminho de conclusão pela improcedência da demanda passa pela verificação da culpa exclusiva da própria vítima.

Superado o estudo das excludentes de responsabilidade civil previstas expressamente pelo CDC, cumpre analisar o enquadramento de outros fatores obstativos, caso dos eventos extraordinários. Parte-se então para o estudo de uma das principais polêmicas do sistema de responsabilidade consumerista, pela falta de previsão expressa a respeito do caso fortuito e a força maior.

4.4.4. O enquadramento do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilidade civil consumerista

Questão das mais convertidas refere-se a saber se o caso fortuito e a força maior são excludentes de responsabilidade civil no sistema consumerista, uma vez que a lei não trouxe previsão expressa quanto a tais eventos. É forte a corrente doutrinária no sentido de que o rol de excludentes é taxativo (*numerus clausus*), não se admitindo outros fatores obstativos do nexo de causalidade ou da ilicitude.[54]

Porém, há ainda outra visão, qual seja a de que os eventos imprevisíveis e inevitáveis podem ser considerados excludentes da responsabilidade no sistema do Código do Consumo, visto que constituem fatores obstativos gerais do nexo de causalidade, aplicáveis tanto à responsabilidade subjetiva quanto à objetiva. Esse é o entendimento compartilhado pelo presente autor. Pela mesma trilha, essa é a opinião do atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, em sua dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do

Sul, nos seguintes termos: "O caso fortuito e a força maior enquadram-se, portanto, como causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, embora não previstas expressamente no Código de Defesa do Consumidor. O fundamental é que o acontecimento inevitável ocorra fora da esfera de vigilância do fornecedor, via de regra, após a colocação do produto no mercado, tendo força suficiente para romper a relação de causalidade".[55]

Antes de se aprofundar o tema, insta anotar que se segue o entendimento de Orlando Gomes, segundo qual o caso fortuito é o evento totalmente imprevisível, enquanto a força maior é o evento previsível, mas inevitável.[56] Entre os contemporâneos, Sérgio Cavalieri Filho, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, seguem a mesma divisão conceitual.[57] Concluindo dessa forma, não há que se diferenciar a presença de uma conduta humana de um ato de terceiro, o que pode gerar choques de pensamento. O caso fortuito *é mais* do que a força maior, pois é um fato que não se espera, o que constitui algo raro na atualidade, uma vez que, *no mundo pós-moderno, tudo pode acontecer*.

Voltando-se à temática consumerista, Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto que gerou o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, admite o caso fortuito e a força maior como excludentes do dever de reparar na ótica do consumidor, sendo pertinente destacar as suas lições:

> "As hipóteses de caso fortuito e força maior, descritas no art. 393 do Código Civil como eximentes da responsabilidade na ordem civil, não estão elencadas entre as causas excludentes da responsabilidade civil pelo fato do produto.
>
> Mas a doutrina mais atualizada já advertiu que esses acontecimentos – ditados por forças físicas da natureza ou que, de qualquer forma, escapam ao controle do homem – tanto podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo.
>
> Na primeira hipótese, instalando-se na fase de concepção ou durante o processo produtivo, o fornecedor não pode invocá-la para se subtrair à responsabilidade por danos.
>
> [...]
>
> Por outro lado, quando o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre a ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso. Nem tem cabimento qualquer alusão ao defeito do produto, uma vez que aqueles acontecimentos, na maior da parte imprevisíveis, criam obstáculos de tal monta que a boa vontade do fornecedor não pode suprir. Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a responsabilidade dos fornecedores pela inocorrência dos respectivos pressupostos".[58]

Mais à frente, o jurista chega à mesma conclusão em relação à prestação de serviços, ou seja, de que o caso fortuito e a força maior devem ser considerados excludentes da responsabilidade civil.[59] Em sede de superior instância, já se concluiu desse modo, expressamente (entre os mais recentes: "Consumidor. Responsabilidade civil. Nas relações de consumo, a ocorrência de força maior ou de caso fortuito exclui a responsabilidade do fornecedor de serviços. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 996.833/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 04.12.2007 – *DJ* 1º.02.2008, p. 1). Mais remotamente: "Ação de indenização. Estacionamento. Chuva de granizo. Vagas cobertas e descobertas. Art. 1.277 do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Corte. 1. Como assentado em precedente da Corte, o 'fato de o art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do art. 1.058 do Código Civil' (REsp n. 120.647-

SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, *DJ* 15.05.2000). 2. Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto. 3. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 330.523/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 11.12.2001 – *DJ* 25.03.2002, p. 278).

A verdade é que a omissão legislativa gerou um grande debate jurídico. Na jurisprudência prevalecem os julgados que admitem a alegação do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilização dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços (por todos os numerosos acórdãos: STJ – REsp 402.708/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 24.08.2004 – *DJ* 28.02.2005, p. 267; STJ – REsp 241.813/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 23.10.2001 – *DJU* 04.02.2002, p. 372; TJDF – Recurso 2004.09.1.005206-5 – Acórdão 308.873 – Quinta Turma Cível – Rel. Des. Lecir Manoel da Luz – *DJDFTE* 19.06.2008, p. 183; TJSC – Acórdão 2007.041167-5, Xanxerê – Rel. Des. Nelson Juliano Schaefer Martins – *DJSC* 17.12.2007, p. 88; TJMG – Acórdão 1.0024.03.073463-6/001, Belo Horizonte – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Renato Martins Jacob – j. 06.09.2006 – *DJMG* 23.10.2006; TJRJ – Acórdão 23301/2003, Rio de Janeiro – Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Henrique de Andrade Figueira – j. 21.10.2003; 1º TAC-SP – Agravo de Instrumento 834719-5 – Quarta Câmara – Rel. Juiz Paulo Roberto de Santana – j. 21.08.2002).

Na opinião do presente autor, a conclusão deve levar em conta a relação que o fato tido como imprevisível ou inevitável tem com o fornecimento do produto ou a prestação de serviço, ou seja, com o chamado *risco do empreendimento*, tão caro aos italianos.[60] O debate traz à tona aquela antiga diferenciação entre *fortuito interno e fortuito externo*, bem desenvolvida, entre os clássicos, por Agostinho Alvim.[61] O primeiro – *fortuito interno* – é aquele que tem relação com o negócio desenvolvido, não excluindo a responsabilização civil. O segundo – *fortuito externo* – é totalmente estranho ou alheio ao negócio, excluindo o dever de indenizar. Conforme enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, evento de 2011, "O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida" (Enunciado 443).

Em outras palavras, deve-se atentar para os riscos que envolvem a atividade a partir da ideia de *proveito* ao vulnerável da relação estabelecida. Como bem aponta Anderson Schreiber, "a conclusão acerca da incidência ou não da teoria do fortuito interno parece, antes, vinculada a um juízo valorativo acerca de *quem* deve suportar o ônus representado por certo dano. Reconhece-se certo fato como inevitável, mas se entende que tal fatalidade não deve ser suportada pela vítima. Daí a aplicação da teoria do fortuito interno ser mais intensa no campo da responsabilidade objetiva, onde é de praxe atribuir ao responsável certos riscos que, embora não tenham sido causados pela sua atividade em si, não devem recair tampouco sobre a vítima".[62]

Anote-se que é preciso adaptar as construções à diferenciação seguida por este autor, ou seja, também devem ser consideradas a *força maior interna* e a *força maior externa*. Isso porque estamos filiados à construção de que o caso fortuito é o evento totalmente imprevisível, e a força maior, o evento previsível, mas inevitável, conforme outrora demonstrado. Assim, *ambas as categorias podem ser internas ou externas*, conforme reconhece a jurisprudência (TRF 2ª Região – Acórdão 2000.50.01.008713-4 – Sétima Turma Especializada – Rel. Des. Fed. Reis Friede – *DJU*

23.10.2007, p. 292).

Pois bem, a diferenciação entre eventos internos e externos vem sendo seguida por parcela considerável da doutrina nacional.[63] Em sede de Superior Tribunal de Justiça, tem-se aplicado a diferenciação em casos que envolvem assalto à mão armada a ônibus, concluindo o Tribunal tratar-se de *fortuito externo*, pois não é essencial ao negócio a segurança ao passageiro, de modo a impedir o evento. Vejamos a ementa de um dos julgados:

> "Processo civil. Recurso especial. Indenização por danos morais, estéticos e materiais. Assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo. Caso fortuito externo. Exclusão de responsabilidade da transportadora. 1. A Segunda Seção desta Corte já proclamou o entendimento de que o fato inteiramente estranho ao transporte em si (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo) constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora. 3. Recurso conhecido e provido" (STJ – REsp 726.371/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – j. 07.12.2006 –*DJU* 05.02.2007, p. 244).

Do ano de 2012, acórdão do mesmo Superior Tribunal de Justiça considerou que o roubo no caso do serviço prestado pelos correios constitui um evento externo, a excluir a responsabilidade civil do prestador de serviços. Conforme o julgado, "O roubo mediante uso de arma de fogo é fato de terceiro equiparável à força maior, que deve excluir o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva, por se tratar de fato inevitável e irresistível que gera uma impossibilidade absoluta de não ocorrência do dano. Não é razoável exigir que os prestadores de serviço de transporte de cargas alcancem absoluta segurança contra roubos, uma vez que a segurança pública é dever do Estado, também não havendo imposição legal obrigando as empresas transportadoras a contratar escoltas ou rastreamento de caminhão e, sem parecer técnico especializado, nem sequer é possível presumir se, por exemplo, a escolta armada seria eficaz para afastar o risco ou se o agravaria pelo caráter ostensivo do aparato" (STJ – REsp 976.564/SP – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 20.09.2012). A decisão foi publicada no *Informativo 505* daquela Corte Superior, podendo ser encontrado outro julgamento na mesma publicação, concluindo pela subsunção do Código de Defesa do Consumidor ao serviço de correio (STJ – REsp 1.210.732/SC – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 02.10.2012).

Por outro lado, entende-se naquela superior instância que o assalto a um banco não constitui um evento externo, pois ingressa no *risco do negócio*, não afastando o dever de reparar da instituição respectiva, o que está em plena sintonia com a ideia de risco-proveito do Código do Consumidor. Assim, com variações na argumentação desenvolvida: STJ – REsp 1093617/PE – Quarta Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 17.03.2009 – *DJe* 23.03.2009; STJ – REsp 787.124/RS – Primeira Turma – Rel. Min. José Delgado – j. 20.04.2006 – *DJ* 22.05.2006, p. 167; STJ – REsp 694.153/PE – Quarta Turma – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – j. 28.06.2005 – *DJ* 05.09.2005, p. 429; e STJ – REsp 613.036/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 14.06.2004 – *DJ* 01.07.2004, p. 194).

Em outro julgado, do ano de 2012, a mesma Corte Superior concluiu que o banco responde pelo assalto ocorrido até o seu estacionamento, conveniado ou não, não havendo dever de indenizar por eventos a partir desse ambiente, em especial pelo fato social conhecido como "saidinha de banco". Conforme consta de publicação no *Informativo* n. *512* do STJ, "a instituição financeira não pode ser responsabilizada por assalto sofrido por sua correntista em via pública, isto é, fora das dependências de sua agência bancária, após a retirada, na agência, de valores em espécie, sem que tenha havido qualquer falha determinante para a ocorrência do sinistro no sistema de segurança da instituição. O

STJ tem reconhecido amplamente a responsabilidade objetiva dos bancos pelos assaltos ocorridos no interior de suas agências, em razão do risco inerente à atividade bancária. Além disso, já se reconheceu, também, a responsabilidade da instituição financeira por assalto acontecido nas dependências de estacionamento oferecido aos seus clientes exatamente com o escopo de mais segurança. Não há, contudo, como responsabilizar a instituição financeira na hipótese em que o assalto tenha ocorrido fora das dependências da agência bancária, em via pública, sem que tenha havido qualquer falha na segurança interna da agência bancária que propiciasse a atuação dos criminosos após a efetivação do saque, tendo em vista a inexistência de vício na prestação de serviços por parte da instituição financeira. Além do mais, se o ilícito ocorre em via pública, é do Estado, e não da instituição financeira, o dever de garantir a segurança dos cidadãos e de evitar a atuação dos criminosos" (STJ – REsp 1.284.962/MG – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 11.12.2012).

Aliás, do ano seguinte, o julgamento superior no sentido de que os estacionamentos em geral, excluídos os relativos às instituições bancárias, não respondem por assaltos à mão armada, mas apenas por furtos, pelo fato de serem os primeiros estranhos ao risco do negócio ou risco do empreendimento. Nos termos da publicação do aresto, de mesma relatoria, "não é possível atribuir responsabilidade civil a sociedade empresária responsável por estacionamento particular e autônomo – independente e desvinculado de agência bancária – em razão da ocorrência, nas dependências daquele estacionamento, de roubo à mão armada de valores recentemente sacados na referida agência e de outros pertences que o cliente carregava consigo no momento do crime. Nesses casos, o estacionamento em si consiste na própria atividade-fim da sociedade empresária, e não num serviço assessório prestado apenas para cativar os clientes de instituição financeira. Consequentemente, não é razoável impor à sociedade responsável pelo estacionamento o dever de garantir a segurança individual do usuário e a proteção dos bens portados por ele, sobretudo na hipótese em que ele realize operação sabidamente de risco consistente no saque de valores em agência bancária, uma vez que essas pretensas contraprestações não estariam compreendidas por contrato que abranja exclusivamente a guarda de veículo. Nesse contexto, ainda que o usuário, no seu subconsciente, possa imaginar que, parando o seu veículo em estacionamento privado, estará protegendo, além do seu veículo, também a si próprio, a responsabilidade do estabelecimento não pode ultrapassar o dever contratual de guarda do automóvel, sob pena de se extrair do instrumento consequências que vão além do contratado, com clara violação do *pacta sunt servanda*. Não se trata, portanto, de resguardar os interesses da parte hipossuficiente da relação de consumo, mas sim de assegurar ao consumidor apenas aquilo que ele legitimamente poderia esperar do serviço contratado. Além disso, deve-se frisar que a imposição de tamanho ônus aos estacionamentos de veículos – de serem responsáveis pela integridade física e patrimonial dos usuários – mostra-se temerária, inclusive na perspectiva dos consumidores, na medida em que a sua viabilização exigiria investimentos que certamente teriam reflexo direto no custo do serviço, que hoje já é elevado" (STJ – REsp 1.232.795/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 02.04.2013, publicado no seu *Informativo n*. 521).

Ainda sobre esse problema social, conclui-se em sede de STJ que o assalto a *shopping center* e a supermercado ingressa na proteção de riscos esperada pelos consumidores, não sendo o caso de configuração do caso fortuito ou força maior. Na esfera do que aqui se discute, haveria, portanto, um fortuito interno. Vejamos a ementa de julgado recente:

"Recurso especial. Ação de indenização por danos morais em razão de roubo sofrido em estacionamento de supermercado. Procedência da pretensão. Força maior ou caso fortuito. Não reconhecimento. Conduta omissiva e negligente do estabelecimento comercial. Verificação. Dever de propiciar a seus clientes integral segurança em área de seu domínio. Aplicação do direito à espécie. Possibilidade, *in casu*. Dano moral. Comprovação. Desnecessidade. *Damnum in re ipsa*, na espécie. Fixação do *quantum*. Observância dos parâmetros da razoabilidade. Recurso especial provido. I. É dever de estabelecimentos como *shopping centers* e hipermercados zelar pela segurança de seu ambiente, de modo que não se há falar em força maior para eximi-los da responsabilidade civil decorrente de assaltos violentos aos consumidores. II. Afastado o fundamento jurídico do acórdão *a quo*, cumpre a esta Corte Superior julgar a causa, aplicando, se necessário, o direito à espécie. III. Por se estar diante da figura do *damnum in re ipsa*, ou seja, a configuração do dano está ínsita à própria eclosão do fato pernicioso, despicienda a comprovação do dano. IV. A fixação da indenização por dano moral deve revestir-se de caráter indenizatório e sancionatório, adstrito ao princípio da razoabilidade e, de outro lado, há de servir como meio propedêutico ao agente causador do dano. V. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 582.047/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 17.02.2009 – *DJe* 04.08.2009).

Ato contínuo de estudo, a Corte julgou que o ataque de psicopata no cinema do *shopping*, metralhando as pessoas que ali se encontram, constitui um evento externo, a excluir a responsabilidade do prestador de serviços (caso Mateus da Costa Meira, ocorrido em 3 de novembro de 1999). A conclusão foi assim publicada no *Informativo n*. 433 do STJ:

"Responsabilidade. *Shopping center*. Trata-se de REsp em que se discute a responsabilidade e, consequentemente, o dever do *shopping* ora recorrente de indenizar em decorrência de disparos de arma de fogo na sala de um cinema daquele *shopping*, fato que levou à morte várias pessoas, entre as quais, o filho do ora recorrido. A Turma entendeu que, para chegar à configuração do dever de indenizar, não basta que o ofendido demonstre sua dor, visto que somente ocorrerá a responsabilidade civil se reunidos todos os seus elementos essenciais, tais como dano, ilicitude e nexo causal. Em sendo assim, não há como deferir qualquer pretensão indenizatória se não foi comprovado, ao curso da instrução, nas instâncias ordinárias, o nexo de causalidade entre os tiros desferidos e a responsabilidade do *shopping* onde se situava o cinema. Desse modo, rompido o nexo causal da obrigação de indenizar, não há falar em direito à percepção de indenização por danos morais e materiais. Diante disso, deu-se provimento ao recurso" (STJ – REsp 1.164.889-SP – Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJAP) – j. 04.05.2010).

Cumpre anotar que a decisão superior acaba por reformar entendimento do Tribunal Paulista, que, muitas vezes, julga pela responsabilidade do *shopping center* e da empresa de cinema: "Indenização por danos morais e materiais. Homicídio ocorrido em cinema localizado dentro de *shopping center*. Responsabilidade solidária do empreendedor e do lojista decorrente da relação de consumo estabelecida entre o consumidor e aquelas pessoas. Estabelecimentos que angariam frequentadores em razão da segurança que oferecem. Verba fixada, entretanto, que se mostra exagerada quanto a um aspecto. Recursos das rés e das autoras parcialmente providos" (TJSP – Apelação com revisão 3850464300 – Sétima Câmara de Direito Privado – Rel. Arthur Del Guércio – j. 23.11.2006). Com o devido respeito, há uma ampliação exagerada da responsabilidade dos entes privados quando, na verdade, quem deveria responder seriam os entes públicos, pela flagrante falta de segurança. A questão passa por uma necessária revisão da responsabilidade civil estatal, diante da falsa premissa da responsabilidade subjetiva estatal, por omissão dos entes e agentes públicos.[64]

Superado esse interessante e atual debate, ilustre-se que o conceito de fortuito externo é aplicado para afastar o dever de reparar em casos de eventos da natureza sem relação com o objetivo do fornecimento ou prestação. Nessa linha, decisão do Tribunal Paulista, em situação envolvendo danos a consumidor equiparado ou *bystander*:

"Queda de painel publicitário diante de vendaval. O fortuito externo exclui a obrigação de indenizar e, no caso, não se

constatou que a queda do objeto se deu em virtude de falha de sustentação, mas, sim, de força anormal e inevitável de fenômeno da natureza. Vítimas que sofreram danos de natureza leve. Improcedência mantida. Não provimento, prejudicado o agravo retido" (TJSP – Apelação 482.081.4/0 – Acórdão 3334021, Osasco – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – j. 16.10.2008 – *DJESP* 17.12.2008).

Por outra via, a ideia de *fortuito interno* vem sendo aplicada pela inteligência jurisprudencial para não excluir a responsabilidade civil, mormente em fatos concretos de *negativação* do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes:

"Dano moral. Nítida a hipossuficiência do consumidor, que não tem como fazer a prova de que não contratou com a ré. Indevida negativação de nome de consumidor junto a banco de dados de proteção ao crédito. Ocorrência de fortuito interno, que se incorpora ao risco da atividade de fornecimento de serviços de massa. Danos morais *in re ipsa* decorrentes da negativação. Critérios para mensuração. Funções punitiva e ressarcitória. Montante fixado em patamar razoável. Recurso provido em parte, apenas para alterar o índice de correção monetária do valor indenizatório" (TJSP – Apelação Cível 490.260.4/0 – Acórdão 3509627, São Paulo – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Francisco Loureiro – j. 05.03.2009 – *DJESP* 30.03.2009).

Do Superior Tribunal de Justiça pode ainda ser destacado julgado que concluiu pelo fortuito interno em caso de acidente ocorrido em excursão do colégio. A ementa é interessante, por revelar uma hipótese que muito ocorre na prática. Vejamos:

"Civil e processual civil. Acidente ocorrido com aluno durante excursão organizada pelo colégio. Existência de defeito. Fato do serviço. Responsabilidade objetiva. Ausência de excludentes de responsabilidade. 1. É incontroverso no caso que o serviço prestado pela instituição de ensino foi defeituoso, tendo em vista que o passeio ao parque, que se relacionava à atividade acadêmica a cargo do colégio, foi realizado sem a previsão de um corpo de funcionários compatível com o número de alunos que participava da atividade. 2. O Tribunal de origem, a pretexto de justificar a aplicação do art. 14 do CDC, impôs a necessidade de comprovação de culpa da escola, violando o dispositivo ao qual pretendia dar vigência, que prevê a responsabilidade objetiva da escola. 3. Na relação de consumo, existindo caso fortuito interno, ocorrido no momento da realização do serviço, como na hipótese em apreço, permanece a responsabilidade do fornecedor, pois, tendo o fato relação com os próprios riscos da atividade, não ocorre o rompimento do nexo causal. 4. Os estabelecimentos de ensino têm dever de segurança em relação ao aluno no período em que estiverem sob sua vigilância e autoridade, dever este do qual deriva a responsabilidade pelos danos ocorridos. 5. Face as peculiaridade do caso concreto e os critérios de fixação dos danos morais adotados por esta Corte, tem-se por razoável a condenação da recorrida ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais. 6. A não realização do necessário cotejo analítico dos acórdãos, com indicação das circunstâncias que identifiquem as semelhanças entre o aresto recorrido e os paradigmas, implica o desatendimento de requisitos indispensáveis à comprovação do dissídio jurisprudencial. 7. Recursos especiais conhecidos em parte e, nesta parte, providos para condenar o réu a indenizar os danos morais e materiais suportados pelo autor" (STJ – REsp 762.075/DF – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 16.06.2009 – *DJe* 29.06.2009).

O fortuito interno ainda é aplicado em julgados acerca do *apagão aéreo*, o qual atingiu o País em época recente, trazendo a conclusão de responsabilidade da empresa aérea, pois se ingressa nos *riscos do empreendimento* (veja-se: TJSP – Apelação 991.09.028950-2 – Acórdão 4753638, São Paulo – Décima Oitava Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Rubens Cury – j. 28.09.2010 – *DJESP* 04.11.2010; TJSP – Apelação 7256443-5 – Acórdão 3462329, São Paulo – Vigésima Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Antônio Ribeiro Pinto – j. 22.01.2009 – *DJESP* 25.02.2009; e TJDF – Recurso 2007.09.1.014464-0 – Acórdão 317.416 – Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Rel. Designado Juiz Alfeu Machado – *DJDFTE* 22.08.2008, p. 106).

Em suma, pode-se concluir que os mergulhos nos eventos *internos* e *externos* estão consolidados na civilística nacional, seja no campo teórico ou prático. Todos os exemplos demonstram que, realmente, o rol dos arts. 12, § 3º e 14, § 3º da Lei 8.078/1990 não é taxativo (*numerus clausus*),

mas exemplificativo (*numerus apertus*), admitindo-se outras excludentes, dentro, por óbvio, do bom-senso. A questão envolve a equidade, a justiça do caso concreto, prevista expressamente como fonte consumerista pelo *caput* do art. 7º do Código do Consumidor. Resumindo a análise de tais eventos, pode ser elaborado o seguinte quadro comparativo, quanto aos eventos *internos* e *externos*.

Caso fortuito externo e força maior externa	Caso fortuito interno e força maior interna
Não têm relação com o fornecimento do produto ou a prestação de serviços.	Têm relação com o fornecimento do produto e a prestação de serviços (ingressam no risco-proveito ou no risco do empreendimento).
São excludentes de responsabilidade.	Não são excludentes de responsabilidade.

Superado esse ponto, vejamos o eventual enquadramento dos *riscos do desenvolvimento* como excludentes da responsabilidade consumerista.

4.4.5. Os riscos do desenvolvimento como excludentes de responsabilidade pelo Código de Defesa do Consumidor

Outra questão que merece ser debatida nesta obra está relacionada aos *riscos do desenvolvimento* como excludentes do sistema do consumidor. Trata-se de um dos temas mais atuais da responsabilidade civil. Os *riscos do desenvolvimento*, segundo Marcelo Junqueira Calixto, são aqueles que não são conhecidos pelas ciências quando da colocação do produto no mercado, vindo a ser descobertos posteriormente, após a utilização do produto e diante dos avanços científicos.[65] Ilustrando, mencione-se o problema futuro que pode surgir a respeito dos alimentos transgênicos, decorrentes de modificação genética. Imagine-se se, no futuro, for descoberto e comprovado cientificamente que tais alimentos causam doenças, como o câncer. Consigne-se que a matéria foi regulada, no Brasil, timidamente e de forma insatisfatória, pela Lei 11.105, de 2005, denominada Lei de Biossegurança. No tocante à responsabilidade civil, foi inserida norma prevendo a responsabilidade objetiva das empresas que desenvolvem atividades de transformação genética, em regime próximo à responsabilidade ambiental, que ainda será estudada (art. 20).

O tema dos *riscos do desenvolvimento* é amplamente debatido no Velho Continente, particularmente diante da Diretiva 85/374/CEE, da Comunidade Europeia, de 25 de julho de 1985, relativa "à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos". O art. 7º da referida Diretiva Internacional enuncia as hipóteses em que a empresa não responde pelo produto colocado no mercado.

O primeiro caso de exclusão da responsabilidade diz respeito à hipótese de prova do produtor de que não colocou o produto em circulação, situação em que o dano não se faz presente. Ademais, pode-se falar em ausência de nexo de causalidade em casos tais, não havendo a necessária relação de causa e efeito entre uma eventual conduta e o dano presente. A segunda hipótese de exclusão da reparação refere-se ao caso de o produtor provar que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito não existia no momento em que o produto foi colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente. Tal definição tem relação com os *riscos do desenvolvimento*.

Igualmente, não haverá responsabilidade do fabricante se ele provar que produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um fim econômico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua atividade profissional. A quarta situação é se o defeito, bem como o consequente dano ao consumidor, é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas. Como quinta previsão, o produtor não responde se o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito, excludente do mesmo modo interativa aos *riscos do desenvolvimento*. Por fim, o produtor não responde pelo defeito imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricantes.

No sistema português, a referida Diretiva foi recepcionada pelo Decreto-lei 383, de 6 de novembro de 1989, alterado, posteriormente, pelo Decreto-lei 131, de 24 de abril de 2001. As previsões sobre os riscos do desenvolvimento recebem críticas contundentes da doutrina, eis que estariam mais próximas de um sistema de responsabilidade subjetiva fundada na culpa. Leciona Menezes Leitão, professor catedrático da Universidade de Lisboa, que "Esta exoneração foi, porém, subordinada através do art. 15º da Directiva a um procedimento de *stand-still* comunitário para aumentar, se possível, o nível de proteção da Comunidade de modo uniforme, tendo-se previsto expressamente uma eventual revisão da Directiva, neste ponto, após o estudo de sua utilização pelos tribunais".[66]

De todo modo, a questão não é pacífica entre os lusitanos, uma vez que a comissão elaboradora do anteprojeto do Código do Consumidor Português pretende reproduzir a norma da Diretiva, com a menção dos *riscos do desenvolvimento* como excludente da responsabilidade do produtor.[67] Relembre-se que a comissão elaboradora é presidida pelo professor catedrático da Universidade de Coimbra António Pinto Monteiro, contando com vários acadêmicos em seus quadros.[68] Ainda em Portugal, todo o debate relativo a essa Diretiva levou Carlos Ferreira de Almeida, professor da Universidade Nova de Lisboa, a afirmar que "o balanço acerca das virtualidades da Directiva é muito desequilibrado, sendo raras as vozes favoráveis ao seu conteúdo. Nenhuma directiva comunitária é porventura tão criticada e tão mal-amada como esta".[69]

O tema dos riscos do desenvolvimento é discutido por igual na Itália, precisamente porque houve uma alteração legislativa no tocante à Diretiva Europeia. Conforme aponta Guido Alpa, o risco do desenvolvimento (*rischio dello sviluppo*) exclui a responsabilidade do produtor do sistema italiano. Porém, a empresa deverá responder se, depois da sua colocação do mercado, conhecia ou deveria conhecer a sua periculosidade, omitindo-se em adotar as medidas idôneas para evitar o dano, principalmente aquelas relacionadas à informação do público.[70] As conclusões do jurista são de incidência da responsabilidade do Código Civil Italiano em situações tais, nos termos do seu art. 2.050, da exposição ao perigo a gerar a responsabilidade por culpa presumida.

No caso brasileiro, pode-se afirmar que o tema divide a doutrina, havendo uma propensão a afirmar que os *riscos do desenvolvimento* não excluem o dever de indenizar, apesar de fortes resistências. Nessa linha de raciocínio foi a opinião dos juristas presentes na *I Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado 43, dispondo que "a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento". Em apurado estudo, ao expor toda a controvérsia doutrinária relativa ao assunto e filiar-se à corrente

da responsabilização, lecionam Silmara Juny de Abreu Chinelato e Antonio Carlos Morato, professores da Universidade de São Paulo:

> "Considerando, ainda, que o risco do desenvolvimento relaciona-se com o fato do produto, com sua segurança, envolvendo direito à via, à integridade física e psíquica do consumidor, direitos da personalidade de grande relevância, somente poderia ser admitido no ordenamento jurídico de modo expresso, como ocorre nos países europeus que adotaram a Diretiva 85/374, e jamais implícito.
>
> A opção do legislador foi clara no sentido de não acolher tal excludente de responsabilidade, não havendo margem à dúvida quanto à interpretação taxativa do rol do § 3º do art. 12 do CDC, no qual o risco do desenvolvimento não se inclui."[71]

De fato, seja no sistema civilista ou, principalmente, consumerista, a melhor conclusão é a de que o fornecedor responde pelos *riscos do desenvolvimento*, servindo como alento as ideias de risco-proveito e de risco do empreendimento. Ademais, a responsabilidade, na proporção do risco presente, pode ser retirada do art. 10 da Lei 8.078/1990, eis que o fornecedor não poderá colocar no mercado produto que sabia ou deveria saber tratar-se de perigoso.

Em reforço, subsume-se o imperativo do art. 8º do Código Consumerista, no sentido de que os produtos colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou à segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer situação, a disponibilizarem as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Na mesma linha, opina Bruno Miragem que os riscos do desenvolvimento ingressam na *garantia de efetividade do direito do consumidor*, ao adotar um sistema de responsabilidade objetiva que engloba os riscos colocados no mercado de consumo.[72] Por bem, a jurisprudência nacional tem chegado à mesma conclusão, cabendo destacar:

> "Plano de saúde. Recusa da seguradora em custear o tratamento de quimioterapia sob alegação de que se trata de medicamento experimental. Sentença procedente. Dano moral configurado. Prevendo o contrato cobertura para a quimioterapia, não poderia a primeira apelante negar o custeio para o tratamento correlato, através de nova técnica, mais eficaz e indicada para o paciente. Ademais, de acordo com o denominado risco do desenvolvimento, é de serem imputados aos fornecedores de serviço não só as novas técnicas, mas também os efeitos colaterais que a ciência só veio a conhecer posteriormente, caso em que a nova descoberta é incorporada aos serviços. Danos morais reduzidos ao patamar de R$ 8.000,00, com juros moratórios a contar da citação. Quanto à restituição da quantia de R$ 4.120,81, deve ser na forma simples e não em dobro, vez que além do pagamento não ter sido realizado diretamente em favor do réu (fls. 77), não houve cobrança indevida, mas apenas a recusa da cobertura securitária, não sendo, assim, aplicável o art. 42 da Lei 8.078/1990. Provimento parcial de ambos os recursos" (TJRJ – Apelação 2009.001.19443 – Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Mônica Tolledo de Oliveira – j. 15.09.2009 – *DORJ* 21.09.2009, p. 137).

Pelo mesmo caminho de inclusão dos riscos do desenvolvimento na responsabilidade civil, vejamos julgado do Superior Tribunal de Justiça, que determinou a responsabilidade da empresa de medicamento pelo produto que, posteriormente, descobriu-se ser de uso limitado ou restritivo:

> "Direito do consumidor. Consumo de Survector, medicamento inicialmente vendido de forma livre em farmácias. Posterior alteração de sua prescrição e imposição de restrição à comercialização. Risco do produto avaliado posteriormente, culminando com a sua proibição em diversos países. Recorrente que iniciou o consumo do medicamento à época em que sua venda era livre. Dependência contraída, com diversas restrições experimentadas pelo paciente. Dano moral reconhecido. É dever do fornecedor a ampla publicidade ao mercado de consumo a respeito dos riscos inerentes a seus produtos e serviços. A comercialização livre do medicamento Survector, com indicação na bula de mero ativador de memória, sem efeitos colaterais, por ocasião de sua disponibilização ao mercado, gerou o risco de dependência para usuários. A posterior alteração da bula do medicamento, que passou a ser indicado para o tratamento de transtornos depressivos, com alto risco de dependência, não é suficiente para retirar do fornecedor a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores. O aumento da periculosidade do medicamento deveria

ser amplamente divulgado nos meios de comunicação. A mera alteração da bula e do controle de receitas na sua comercialização não são suficientes para prestar a adequada informação ao consumidor. A circunstância de o paciente ter consumido o produto sem prescrição médica não retira do fornecedor a obrigação de indenizar. Pelo sistema do CDC, o fornecedor somente se desobriga nas hipóteses de culpa exclusiva do consumidor (art. 12, § 3º, do CDC), o que não ocorre na hipótese, já que a própria bula do medicamento não indicava os riscos associados à sua administração, caracterizando culpa concorrente do laboratório. A caracterização da negligência do fornecedor em colocar o medicamento no mercado de consumo ganha relevo à medida que, conforme se nota pela manifestação de diversas autoridades de saúde, inclusive a OMC, o cloridrato de amineptina, princípio ativo do Survector, foi considerado um produto com alto potencial de dependência e baixa eficácia terapêutica em diversas partes do mundo, circunstâncias que inclusive levaram a seu banimento em muitos países. Deve ser mantida a indenização fixada, a título de dano moral, para o paciente que adquiriu dependência da droga. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 971.845/DF – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – Terceira Turma – Rel. p/Acórdão Min. Nancy Andrighi – j. 21.08.2008 – *DJe* 01.12.2008).

Sem dúvida, os riscos do desenvolvimento constituem um dos temas mais delicados na ótica consumerista, devendo ser debatidos com grande profundidade pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, no presente e no futuro.

4.5. O FATO CONCORRENTE DO CONSUMIDOR COMO ATENUANTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES E PRESTADORES

Superado o estudo das excludentes de responsabilidade consumerista, cumpre expor o fato concorrente do consumidor como atenuante da responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços. O tema, como outros do presente capítulo, foram estudados pelo presente autor por ocasião da defesa de sua tese de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, publicada por esta mesma editora.[73]

Como é notório, o Código Civil estabeleceu um sistema de responsabilidade civil baseado na extensão do dano e no grau de culpa dos envolvidos com o evento (art. 944). Assim, havendo excessiva desproporção entre o grau de culpa do agente e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização. Mais do que isso, consagra-se a culpa concorrente da vítima como atenuante da responsabilidade civil (art. 945 do CC). Questão importante reside em saber se tais parâmetros têm incidência também para a responsabilidade civil objetiva, notadamente para a responsabilidade civil prevista pela Lei 8.078/1990. A indagação foi inicialmente respondida quando da *I Jornada de Direito Civil* (2002), com a aprovação do Enunciado 46, cuja redação original era a seguinte: "A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, *não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva*" (grifos deste autor).

Quando da *IV Jornada de Direito Civil* (2006), por proposição do presente autor, a parte em destaque da ementa doutrinária foi excluída pelo Enunciado 380 da *IV Jornada de Direito Civil* ("Atribui-se nova redação ao Enunciado 46 da *I Jornada de Direito Civil*, com a supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva"). Na *V Jornada de Direito Civil* (2011), a questão se concretizou pela aprovação do Enunciado 459, também proposto por este autor: "A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva".

Isso porque tem-se admitido amplamente o *fato concorrente da vítima* como atenuante da responsabilidade objetiva. A expressão deve ser entendida em sentido amplo, a englobar a *culpa concorrente* e o *risco concorrente* do próprio consumidor. Na ótica do Direito do Consumidor, o problema é muito bem enfrentado por Sérgio Cavalieri Filho:

> "Muitos autores não admitem a culpa concorrente nas relações de consumo por considerarem incompatível a concorrência de culpa na responsabilidade objetiva. Como falar em culpa concorrente onde não há culpa? Por esse fundamento, todavia, a tese é insustentável porque, na realidade, o problema é de concorrência de causas e não de culpa, e o nexo causal é pressuposto fundamental em qualquer espécie de responsabilidade. Entendemos, assim, que mesmo em sede de responsabilidade objetiva é possível a participação da vítima (culpa concorrente) na produção do resultado, como, de resto, tem admitido a jurisprudência em casos de responsabilidade civil no Estado".[74]

Ora, na esteira das palavras transcritas, o fato concorrente da vítima constitui uma atenuante que diminui a calibração do nexo de causalidade, diminuindo o *quantum debeatur*. Essa é a opinião de Caitlin Sampaio Mulholland que, em tese de doutorado defendida na UERJ, resolve o problema a partir do estudo da *concausalidade (soma de causas)*, que pode estar presente em casos envolvendo o produto ou o serviço. Vejamos suas palavras:

> "O segundo caso é a, *contrario sensu*, o de uma pessoa que assume o risco de sofrer um dano através de conduta perigosa, quando tinha capacidade de antever a realização do resultado. Aqui a vítima conhecia e previa a possibilidade do evento danoso e aceita o risco do dano, como se fosse um blefe (culpa consciente). Mesmo nessa hipótese não pode haver a exclusão da responsabilidade por parte do agente. Primeiramente, porque não é possível inferir-se a existência de um contrato tácito de assunção de riscos e exclusão da responsabilidade. E em segundo lugar, porque o dano ocasionado teve como causa a conduta de um agente. Contudo, nesse caso, existe uma diminuição do *quantum* indenizatório, na medida em que existe a concorrência de causas. Um exemplo deste último caso é de uma pessoa que invade um depósito de produtos pirotécnicos e o da empresa que não utilizou os meios para promover a segurança do local. Outro exemplo é o da pessoa que atravessa a rua em local permitido, com sinal aberto para ela, mas um carro, em alta velocidade e visivelmente mostrando sinais de que não vai parar a tempo de impedir o dano, a atropela. Há concorrência de culpas, pois o pedestre assumiu os riscos de sua atitude, por mais que fosse lícita, de gerar o dano ocasionado".[75]

Trata-se de incidência da máxima da equidade, retirada da isonomia constitucional e do bom-senso (art. 5º, *caput*, da CF/1988). Deve ficar bem claro que o fato concorrente da vítima não é fator excludente da responsabilidade do fornecedor, mas simplesmente um fator de diminuição do dever d e reparar. Desse modo, a indenização será fixada com razoabilidade, de acordo com as contribuições dos envolvidos, seja por culpa, fato ou risco assumido.

Na mesma linha de análise da concausalidade, o próprio proponente do Enunciado 46 do Conselho da Justiça Federal, da *I Jornada de Direito Civil*, Paulo de Tarso Sanseverino, mudou seu entendimento em relação à redação original da proposta anterior. Em artigo que sintetiza a sua tese de doutorado, defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o jurista expõe, ao comentar o enunciado, que, "Voltando a refletir, com maior profundidade, a respeito do tema por ocasião da elaboração da presente tese, convenci-me, após aprofundar a pesquisa, da possibilidade da incidência da cláusula geral de redução também na responsabilidade objetiva, revisando posição anteriormente sustentada".[76] O atual Ministro do STJ recomenda que a interpretação de acordo com a *gravidade da culpa* seja substituída pela interpretação segundo a *relevância da causa*.[77] Uma das causas relevantes que este estudo propõe é justamente a assunção do risco pelas partes envolvidas com o evento danoso.

Destaque-se que, como argumento para as proposições quando das *IV e V Jornadas de Direito Civil*, aduzimos que, em casos de responsabilidade objetiva fundada no Código de Defesa do Consumidor, pode o réu alegar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, visando afastar *totalmente* a sua responsabilidade. Para tal fim, foram citados os arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, ambos da Lei 8.078/1990, que preveem tais excludentes. Dessa forma, foi argumentado que, se o suposto agente pode *o mais*, que é alegar a excludente total de responsabilidade para afastar a indenização, poderia *o menos*, que é atestar a conduta concorrente, visando diminuir o *quantum* indenizatório.

Em reforço, juntou-se, nas ocasiões, notório julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual admitiu a discussão de culpa concorrente em ação de responsabilidade objetiva fundada no Código Consumerista. Trata-se do famoso *caso do escorregador*, normalmente utilizado como fundamento para a tese da con-causalidade consumerista, diante dos riscos assumidos pelo próprio consumidor:

> "Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC. A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte" (STJ – REsp 287.849/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 17.04.2001 – *DJ* 13.08.2001, p. 165).

Na verdade, julgados mais recentes do STJ reconhecem o fato concorrente do consumidor como fator atenuante: "Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade objetiva. Culpa concorrente. Agravo regimental improvido. Na responsabilidade objetiva é desnecessário discutir a culpa do agente, uma vez que sua responsabilidade independe de culpa; entretanto, pode-se discutir a culpa concorrente ou exclusiva da vítima. Agravo regimental improvido" (STJ – AgRg no Ag 852.683/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 15.02.2011 – *DJe* 21.02.2011). Na mesma linha, em lide relativa à fraude bancária praticada por meio de cheque furtado, em que ficou devidamente comprovada a falta de cuidado por parte do consumidor:

> "Consumidor. Recurso especial. Cheque furtado. Devolução por motivo de conta encerrada. Falta de conferência da autenticidade da assinatura. Protesto indevido. Inscrição no cadastro de inadimplentes. Dano moral. Configuração. Culpa concorrente. A falta de diligência da instituição financeira em conferir a autenticidade da assinatura do emitente do título, mesmo quando já encerrada a conta e ainda que o banco não tenha recebido aviso de furto do cheque, enseja a responsabilidade de indenizar os danos morais decorrentes do protesto indevido e da inscrição do consumidor nos cadastros de inadimplentes. Precedentes. Consideradas as peculiaridades do processo, caracteriza-se hipótese de culpa concorrente quando a conduta da vítima contribui para a ocorrência do ilícito, devendo, por certo, a indenização atender ao critério da proporcionalidade. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido" (STJ – REsp 712.591/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 16.11.2006 – *DJ* 04.12.2006, p. 300).

Insta anotar que o próprio codificador civil brasileiro admitiu a discussão da culpa concorrente da vítima, ou melhor, tecnicamente, de fato concorrente da vítima, em um caso de responsabilidade objetiva, a saber, na responsabilidade do transportador de pessoas. O dispositivo em questão, art. 738 do Código Civil, enuncia, em seu *caput*, que a pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários. Ato contínuo, deve abster-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, dificultem ou impeçam a execução normal do serviço. A norma é completada pelo seu parágrafo único, segundo o qual, se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for

atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano. Na jurisprudência, vários são os acórdãos que reconhecem o fato concorrente da vítima como atenuante da responsabilidade do transportador, que é submetida ao CDC.

Cite-se o entendimento relativo ao *pingente de trem*, aquele passageiro que vai pendurado do lado de fora do vagão, podendo ser geralmente notado por quem opera a máquina. Por vezes, fica ele pendurado por pura diversão, mas, em algumas situações, o faz por necessidade, devido ao fato de o vagão estar lotado. Deve ficar claro que a sua atitude não se confunde com a do *surfista* de trem, o qual é aquele que viaja em cima do vagão. A respeito do *pingente*, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela presença da culpa concorrente da vítima, não se excluindo totalmente a responsabilidade da empresa férrea, mas atenuando-a (STJ – REsp 226.348/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 19.09.2006 – *DJ* 23.10.2006, p. 294; e STJ – REsp 324.166/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 18.10.2001 – *DJ* 18.02.2002, p. 455). Existem decisões de Tribunais Estaduais na mesma linha, julgando pela contribuição das condutas (ilustrando: TJRJ – Acórdão 2006.001.54574 – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Conv. Pedro Freire Raguenet – j. 09.01.2007).

Pode até parecer que a admissão do fato concorrente do consumidor constitui um argumento contrário à tutela de seus direitos, violando a proteção constitucional constante do art. 5º, inc. XXXII, do Texto Maior. Trata-se de um engano, uma vez que, em algumas situações, o fato ou o risco concorrente constitui um argumento para proteção dos vulneráveis negociais, pela divisão justa dos custos sociais da responsabilidade civil. Isso pode ser percebido pelo próximo tópico deste capítulo, que enfrenta o problema da responsabilidade civil que surge do tabagismo.

4.6. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CIGARRO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR[78]

Seguindo no estudo da responsabilidade consumerista, cumpre analisar um dos principais problemas da responsabilidade civil contemporânea, qual seja o dever de indenizar das empresas tabagistas pelo uso do cigarro. O tema está no cerne das discussões sociais e jurídicas dos tempos atuais, cabendo relevar as fortes restrições legislativas ao uso do cigarro, especialmente em locais fechados, por uma questão de saúde pública e interesse social.

Após a entrada em vigor, no Estado de São Paulo, da Lei 13.541/2009, outras unidades da federação resolveram copiar a iniciativa de tal proibição, como é o caso do Rio de Janeiro (Lei 5.517/2009). O que se pode dizer, até o presente momento, é que a citada *lei antifumo* passou a ter ampla aplicação na cidade de São Paulo. Muito mais do que a fiscalização por parte dos órgãos públicos, os cidadãos e as entidades privadas têm colaborado para sua efetivação. Isso porque a proibição ou o não uso do cigarro parecem estar impregnados no senso comum, não só no Brasil, mas em todo o Planeta.

A demonstrar tal evidência, a revista *Veja* publicou notícia, em sua edição de 25 de novembro de 2009, com o título "A morte lenta do cigarro".[79] A reportagem inicia-se com a seguinte constatação mundial, após tratar da realidade brasileira de restrições ao cigarro: "A constatação dos tempos

atuais é inequívoca: a moda contra o cigarro, que agora se espalha pelo Brasil, pegou. Pegou nas democracias do Ocidente e, em certos casos, até mesmo em países mais pobres. Em alguns, as restrições são ousadas (Irlanda, 2004: o cigarro é banido até do símbolo nacional, os pubs). E outros são proibições ainda tímidas (República Checa, 2006: começou o veto ao cigarro nas escolas). Há países onde a lei funciona perfeitamente bem (Suécia, 2005: o cigarro sumiu dos locais públicos). Há outros em que é ignorada (Paquistão, 2003: fuma-se até dentro dos órgãos públicos). Apesar das diferenças de ritmo e de intensidade o banimento do cigarro parece inexorável no Ocidente. O melhor exemplo talvez seja a França, a Paris dos cafés, dos maços de Gauloises colocados com o elmo alado dos gauleses outrora invencíveis. Em 1991, entrou em vigor uma lei que bania o cigarro dos locais públicos e exigia que os restaurantes criassem áreas para não fumantes. Foi francamente ignorada. No ano passado, uma nova lei, mas rígida que a anterior, pegou. O cigarro é a droga mais popular do século XX. Teve a mais espetacular trajetória de um produto no surgimento da sociedade de massas. No apogeu, era símbolo das mais instintivas ambições humanas: a riqueza, o poder, a beleza. No ocaso, virou câncer, dor e morte".[80]

Na verdade, parece-nos que a permissão para o uso totalmente livre e indiscriminado do cigarro foi um erro histórico da humanidade, por óbvio influenciado por questões econômicas e pelo poderio político latente das empresas de tabaco. Trata-se de um erro que necessita ser corrigido. A afirmação pode parecer forte, sobretudo para as pessoas que compõem as gerações anteriores. Entretanto, para as gerações sucessivas, o erro é perfeitamente perceptível, em especial se for considerada a cultura contemporânea da saúde e do bem-estar de vida (*wellness life*).

Tal engano da humanidade foi constatado pelo sociólogo Sérgio Luís Boeira, em sua obra *Atrás da cortina de fumaça*.[81] Ao analisar a questão histórica, o pesquisador aponta para o fato de que a "expansão da manufatura de tabaco acentua globalmente após a Independência dos EUA. Primeiro, porque mesmo durante a guerra de independência os europeus incrementam a importação de fumo da América Latina e do Caribe e promovem o cultivo em outras regiões – como Áustria, Alemanha, Itália e Indonésia. Segundo, porque após a libertação estadunidense, a Inglaterra perde o monopólio da fabricação de pastilhas, rapé, cigarros e tabaco de pipa. Este fato provoca o surgimento de fábricas, ainda que rudimentares, baseadas na manufatura, e não em máquinas".[82] Mais à frente, demonstra o sociólogo que o cigarro tornou-se substancialmente popular na segunda metade do século XIX, estimulado o seu uso pela urbanização e pelo ritmo de vida da modernidade e do capitalismo, fortemente influenciado pelo modo de vida norte-americano (*American way of life*). A respeito desse período, expõe o sociólogo: "Fumar cigarros torna-se mais prático do que fumar charuto ou cachimbo, o que induz muitos à experimentação e possivelmente ao hábito ou vício".[83] No século XX, incrementou-se o desenvolvimento concreto e efetivo das indústrias de tabaco, sobretudo americanas e britânicas, ocorrendo também, nesse período, o surgimento dos primeiros estudos relativos aos seus males.[84]

O pesquisador destaca que os movimentos antitabagistas e antifumo cresceram significativamente na segunda metade do século, encontrando o seu apogeu na virada para o século XXI e no seu início, conforme já demonstrado. Na década de 1990, as entidades públicas de saúde descobriram que as próprias empresas de cigarro haviam documentado os graves males do produto, não revelando tais dados, por óbvio, para a sociedade:

> "Em meados da década de 1990, os órgãos públicos de saúde descobrem que desde a década de 1950 há, nos laboratórios das empresas fumangeiras, pesquisa científica sigilosa e em profundidade sobre os efeitos do tabagismo. Obra capital neste sentido é *The Cigarette Papers*, que tende a ser reconhecida como um marco na história da luta antitabagista – embora seja limitada teórica e metodologicamente pelo paradigma disjuntor-redutor. O que Glanz e sua equipe chamam de irresponsabilidade e maneira enganosa é basicamente o fato de que a indústria mantém em segredo pesquisas científicas que contrariam frontalmente os seus próprios discursos públicos, tendo sido comprovadas alterações e supressões de trechos considerados perigosos para a imagem pública das empresas. Tais documentos da BAT e Brown & Williamson reconhecem que o tabagismo é causa determinante de uma variedade de doenças – e por isso mesmo, durante vários anos, os empresários investiram em pesquisas para identificar e remover toxinas específicas encontradas na fumaça de cigarros".[85]

Não se olvide que as denúncias relativas aos documentos da Brown & Williamson estão relatadas no filme de Michael Mann, *O Informante* (1999). É interessante pontuar que muitos julgadores utilizam a existência de tais documentos como argumento para as decisões, apesar de os *cultuadores do cigarro* ignorarem ou negarem a existência desses estudos.

Para demonstrar a magnitude desse grave *engano humano*, Sérgio Boeira faz profunda análise dos efeitos biomédicos e epidemiológicos do consumo do cigarro, o que não deixa qualquer dúvida a respeito dos males do produto, diante das inúmeras fontes interdisciplinares pesquisadas.[86] Assim, a partir das conclusões divulgadas pela Organização Mundial da Saúde, evidencia-se que o cigarro constitui um *fator de risco de danos à saúde*.[87] O entendimento das entidades médicas é no sentido de que *não existe consumo regular de tabaco isento de risco à saúde*.[88] Os estudos demonstram que há 4.720 substâncias tóxicas na composição do cigarro, sendo 70 delas causadoras de câncer. E mais, a respeito dessa doença: "A participação do tabagismo como fator de risco é bastante elevada, em alguns casos, inclusive tornando ineficaz a quase totalidade dos tratamentos médicos que excluam a superação do vício".[89]

Há duas tabelas bem interessantes apresentadas por Sérgio Boeira em sua obra. A primeira demonstra os tipos de câncer mais comuns e o percentual de doentes que são fumantes. Vejamos: câncer de pulmão, 80% a 90% são fumantes; câncer nos lábios, 90%; na bochecha, 87%; na língua, 95%; no estômago, 80%; nos rins, 90%; no tubo digestivo (da boca ao ânus), 80%. A segunda tabela expõe os principais tipos de câncer no mundo, destacando-se em negrito aqueles que têm relação com o tabagismo, a saber: 1º) **câncer de pulmão**; 2º) **câncer de estômago**; 3º) **intestino**; 4º) fígado; 5º) mama; 6º) **esôfago**; 7º) **boca**; 8º) colo do útero; 9º) próstata; 10º) bexiga.[90]

A tabela comparativa exposta tem condições técnicas de afastar a tese da impossibilidade de prova do nexo de causalidade nas ações de responsabilidade civil fundadas no câncer decorrente do tabagismo, conforme prega parte considerável da doutrina e da jurisprudência, e cujos argumentos serão devidamente rebatidos. Nos casos dos males destacados, não há dúvida de que é possível estabelecer uma relação de causa e efeito entre a colocação de um produto tão arriscado no mercado – no caso, o cigarro – e os danos causados aos seus consumidores.

Como forte e contundente tática ao consumo utilizada pelas empresas de tabaco, destaca-se sobremaneira o papel que a publicidade e os meios de *marketing* sempre exerceram para *seduzir* ao uso do produto, levando as pessoas à experimentação e, consequentemente, ao vício. Para a devida pesquisa, este autor compareceu à exposição *Propagandas de cigarro – como a indústria do fumo enganou você*, com mostra de cartazes e vídeos relativos à publicidade do cigarro nos séculos XIX e XX. A exposição foi realizada na cidade de São Paulo, na Livraria Cultura do Conjunto Nacional, entre os dias 15 e 26 de outubro de 2009. Entre as diversas peças das campanhas publicitárias da

época, de início, cumpre destacar aquelas que têm relações com os temas familiares e a criança. Não deixa de chocar o cartaz em que aparece um bebê de colo dizendo à mãe: "Nossa, mamãe, você certamente aprecia o seu Marlboro!".[91] Na mostra, foram expostas também peças de publicidade em que crianças distribuem caixas de maços de cigarro aos pais. Ainda no que concerne a temas da família, produtos como o *Lucky Strike*, o *Pall Mall* e o *Murad* associavam as suas marcas à figura do Papai Noel, que aparecia fumando em suas campanhas de vendas.

Todas as campanhas publicitárias foram veiculadas em momentos históricos em que ainda não estavam amplamente difundidos os terríveis males do cigarro. E as empresas de tabaco aproveitaram-se muito bem desse fato, introduzindo o ato de fumar no *DNA social* de algumas gerações. Atualmente, tais campanhas contrastam com a obrigatoriedade de propagação de ideias antitabagistas, que constam dos maços, o que inclui o Brasil. Na contemporaneidade, podem ser notadas nos maços fotos e imagens de doentes terminais de câncer, de fetos mortos, de pessoas com membros amputados, de mulheres com peles envelhecidas, de homens inconformados com a impotência sexual, entre outros – tudo em relação causal com o hábito de fumar. O Ministério da Saúde brasileiro há tempos adverte sobre os males do cigarro, conforme orientação do art. 220, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

Deve ficar claro que não há qualquer dúvida quanto à incidência do Código de Defesa do Consumidor ao cigarro, tido tipicamente como um produto colocado no mercado de consumo, nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/1990.

No âmbito jurisprudencial, as decisões a respeito do tema no Brasil começaram a surgir na última década do século passado, notadamente em ações propostas pelos próprios fumantes ou por seus familiares, em casos de morte. Esses julgados anteriores – e que ainda predominam – são no sentido de se excluir a responsabilidade civil das empresas de cigarros pelos males causados aos fumantes, por meio de vários argumentos. Para ilustrar, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do ano de 1999, ao aplicar a prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor, bem como a culpa exclusiva da vítima, a afastar o dever de reparar da empresa tabagista:

> "Responsabilidade civil de fabricante. Tabagismo. Doença incurável. Dano moral. Pedido genérico. Prescrição quinquenal. Extinção da ação. Indenização. Dano moral e estético. Laringectomia decorrente de uso de cigarro. Agravo de instrumento contra decisão, proferida em audiência, que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial e de prescrição, como também indeferiu expedição de ofícios aos hospitais e médicos que trataram do autor e designou prova pericial médica. Provimento. Nas ações de indenização por dano moral, o pedido há de ser certo e determinado, assim como o valor da causa deve ser declarado pelo autor. Vulnerabilidade do princípio do contraditório pelo entendimento contrário. Hipótese que não encontra amparo para formulação de pedido genérico. Inteligência do CPC, art. 286. Aplicação do CPC, art. 284. Prescrição. Pedido baseado na Lei 8.078/1990. Prescrição quinquenal. Aplicação do art. 27, CDC. *Dies a quo* contado do dano e do conhecimento do autor dele. Fato notório, há mais de 5 anos da propositura da ação, de que o tabagismo é um dos maiores responsáveis pelo câncer na laringe. Extinção do processo, com julgamento do mérito. Aplicação do CPC, art. 269, IV" (TJRJ – Agravo de Instrumento 3350/1999, Rio de Janeiro – Décima Terceira Câmara Cível – Rel. Des. Julio Cesar Paraguassu – j. 25.11.1999).

Ou, ainda, do mesmo Tribunal, concluindo pela inexistência de nexo de causalidade, diante da licitude da atividade da empresa que desenvolve a atividade: TJRJ – Acórdão 58/1998, Rio de Janeiro – Décima Câmara Cível – Rel. Des. João Spyrides – j. 23.03.1999.

Os julgados de improcedência reproduziram-se de modo significativo na entrada do século XXI, sendo pertinente destacar alguns de seus argumentos para que sejam devidamente rebatidos por este autor, que propõe a aplicação da concausalidade e da *teoria do risco concorrente* para a

problemática do cigarro.

Conforme já se demonstrou, há decisões que expressam a inexistência de nexo de causalidade entre o consumo do produto e os danos à saúde suportados, sendo esse o principal argumento acolhido pelos julgadores (TJSC – Acórdão 2005.034931-6, Criciúma – Câmara Especial Temporária de Direito Civil – Rel. Des. Domingos Paludo – *DJSC* 18.12.2009, p. 453; TJMG – Apelação Cível 1.0596.04.019579-1/0011, Santa Rita do Sapucaí – Décima Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Unias Silva – j. 16.09.2008 – *DJEMG* 07.10.2008; TJRJ – Acórdão 34198/2004, Rio de Janeiro – Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Helena Bekhor – j. 22.03.2005; TJSP – Acórdão com Revisão 268.911-4/8-00, Itápolis – Quinta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Maury Ângelo Bottesini – j. 28.11.2005; TJRS – Acórdão 70005752415, Porto Alegre – Quinta Câmara Cível (Reg. Exceção) – Rel. Des. Marta Borges Ortiz – j. 04.11.2004).

Existem acórdãos de improcedência da demanda que apontam para a ausência de ilicitude ao se comercializar o cigarro, havendo um exercício regular de direito por parte das empresas, o que não constitui ato ilícito, pelas dicções do art. 188, I, do CC/2002 e do art. 160, I, do CC/1916 (TJDF – Recurso n. 2001.01.1.012900-6 – Acórdão 313.218 – Segunda Turma Cível – Rel. Des. Fábio Eduardo Marques – *DJDFTE* 14.07.2008, p. 87; e TJSP – Acórdão 283.965-4/3-00, São Paulo – Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Justino Magno Araújo – j. 15.12.2005).

Podem ser colacionados ainda os tão mencionados julgamentos que atribuem culpa exclusiva à vítima, a excluir a responsabilidade do fornecedor (TJRJ – Acórdão 2005.001.40350 – Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Mario dos Santos Paulo – j. 07.02.2006; TJPR – Apelação Cível n. 0569832-6, Curitiba – Nona Câmara Cível – Rel. Des. José Augusto Gomes Aniceto – *DJPR* 25.09.2009, p. 369; e TJSC – Acórdão 2005.021210-5, Criciúma – Quarta Câmara de Direito Civil – Rel. Des. José Trindade dos Santos – *DJSC* 02.06.2008, p. 109).

Em complemento ao último argumento, há decisões de rejeição do pedido reparatório que se fundam no *livre arbítrio de fumar* ou de parar de fumar (TJSC – Acórdão 2005.029372-7, Criciúma – Segunda Câmara de Direito Civil – Rel. Des. Newton Janke – *DJSC* 27.11.2008, p. 72; TJSP – Apelação com Revisão 270.309.4/0 – Acórdão 4012392, Cotia – Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia – j. 20.08.2009 – *DJESP* 14.09.2009; e TJRS – Acórdão 70022248215, Porto Alegre – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann – j. 28.02.2008 – *DOERS* 27.05.2008, p. 30).

Por óbvio, também existem julgados de condenação das empresas de cigarros, sendo certo que decisões nesse sentido tiveram um crescimento neste século que se inicia em nosso país. Entre as decisões de procedência, cumpre destacar a notória e primeva decisão do Tribunal Gaúcho, do ano de 2003, com ementa bastante elucidativa, inclusive a respeito de questões históricas relativas ao cigarro: "Apelação cível. Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Tabagismo. Ação de indenização ajuizada pela família. Resultado danoso atribuído a empresas fumageiras em virtude da colocação no mercado de produto sabidamente nocivo, instigando e propiciando seu consumo, por meio de propaganda enganosa. Ilegitimidade passiva, no caso concreto, de uma das corrés. Caracterização do nexo causal quanto à outra codemandada. Culpa. Responsabilidade civil subjetiva decorrente de omissão e negligência, caracterizando-se a omissão na ação. Aplicação, também, do CDC, caracterizando-se, ainda, a responsabilidade objetiva. Indenização devida" (TJRS – Acórdão 70000144626, Santa Cruz do Sul – Nona Câmara Cível (Reg. Exceção) – Rel. Des. Ana Lúcia

Carvalho Pinto Vieira – j. 29.10.2003). Como fortes e contundentes argumentos sociológicos e jurídicos, constam do corpo da decisão:

> "É fato notório, cientificamente demonstrado, inclusive reconhecido de forma oficial pelo próprio Governo Federal, que o fumo traz inúmeros malefícios à saúde, tanto à do fumante como à do não fumante, sendo, por tais razões, de ordem médico-científica, inegável que a nicotina vicia, por isso que gera dependência química e psíquica, e causa câncer de pulmão, enfisema pulmonar, infarto do coração entre outras doenças igualmente graves e fatais. A indústria de tabaco, em todo o mundo, desde a década de 1950, já conhecia os males que o consumo do fumo causa aos seres humanos, de modo que, nessas circunstâncias, a conduta das empresas em omitir a informação é evidentemente dolosa, como bem demonstram os arquivos secretos dessas empresas, revelados nos Estados Unidos em ação judicial movida por estados norte-americanos contra grandes empresas transnacionais de tabaco, arquivos esses que se contrapõem e desmentem o posicionamento público das empresas, revelando-o falso e doloso, pois divulgado apenas para enganar o público, e demonstrando a real orientação das empresas, adotada internamente, no sentido de que sempre tiveram pleno conhecimento e consciência de todos os males causados pelo fumo. E tal posicionamento público, falso e doloso, sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo, reiteradamente, ciência aos usuários dos malefícios do uso, sem tomar qualquer atitude para minimizar tais malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido da desinformação, aliciando, em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não."

Tal acórdão concluiu pelo nexo de causalidade entre a atividade de se colocar o produto no mercado e os danos sofridos pela vítima e por seus familiares, "porquanto fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica e que o hábito de fumar provoca diversos danos à saúde, entre os quais o câncer e o enfisema pulmonar, males de que foi acometido o falecido, não comprovando, a ré, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores". A decisão atribui culpa à empresa pela omissão e negligência na informação, nos termos do art. 159 do CC/1916 (responsabilidade subjetiva). Ato contínuo, deduz ser a sua conduta violadora dos deveres consubstanciados nas máximas latinas de *neminem laeder* e *suum cuique tribuere* – "não lesar a ninguém" e "dar a cada um o que é seu" –, bem como no princípio da boa-fé objetiva.

A *decisio* considera não relevante a tese de licitude da atividade de comercialização do cigarro perante as leis do Estado, sendo do mesmo modo impertinente para o mérito a dependência ou voluntariedade no uso ou consumo, com o intuito de afastar a responsabilidade. Em suma, a questão do livre-arbítrio foi descartada pela decisão.

Por fim, no que tange aos argumentos jurídicos de procedência da demanda, foi aplicada a responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, sendo o cigarro considerado um produto defeituoso, não só em relação aos fumantes (consumidores-padrão) como no tocante aos não fumantes ou fumantes passivos (consumidores equiparados), "uma vez que não oferece a segurança que dele se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam (art. 12, § 1º, do CDC)". A culpa exclusiva do consumidor foi tida como não caracterizada, uma vez que "o ato voluntário do uso ou consumo não induz culpa e, na verdade, no caso, sequer há opção livre de fumar ou não fumar, em decorrência da dependência química e psíquica e diante da propaganda massiva e aliciante, que sempre cultuou os malefícios do cigarro, o que afasta em definitivo qualquer alegação de culpa concorrente ou exclusiva da vítima".

Os valores indenizatórios fixados foram bem elevados. A título de danos materiais, foram reparados a venda de imóvel e de bovinos (para tratar a vítima), as despesas médicas e hospitalares comprovadas, a hospedagem de acompanhantes durante a internação, os gastos com o funeral e o luto da família (danos emergentes). Ainda foram ressarcidos os prejuízos decorrentes do fechamento do

minimercado da vítima, desde a época da constatação da doença até a data em que o falecido completaria setenta anos de idade, conforme a expectativa de vida dos gaúchos (lucros cessantes). Como reparação pelos danos morais, foi fixada a quantia de seiscentos salários mínimos para a esposa, de quinhentos salários-mínimos para cada um dos quatro filhos e de trezentos salários-mínimos para cada um dos genros, totalizando os danos imateriais três mil e duzentos salários mínimos.

Além dessa até então inédita e excelente decisão, igualmente concluindo pela procedência de ação proposta por uso de cigarros, há acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que do mesmo modo enfrentou o problema sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Código do Consumidor. A ação foi proposta pela própria fumante – que pleiteou danos materiais e morais pela perda de membros inferiores como consequência do tabagismo – e julgada procedente em primeira instância, condenando-se a empresa Souza Cruz S/A a indenizá-la em R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais). A ementa do julgado foi o seguinte:

> "Responsabilidade civil. Indenização por danos morais e materiais. Tabagismo. Amputação dos membros inferiores. Vítima acometida de tromboangeíte aguda obliterante. Nexo causal configurado. incidência do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco assumida com a fabricação e comercialização do produto. Omissão dos resultados das pesquisas sobre o efeito viciante da nicotina. Dever de indenizar. Recurso improvido" (TJSP – Apelação com Revisão 379.261.4/5 – Acórdão 3320623, São Paulo – Oitava Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Joaquim Garcia – j. 08.10.2008 – *DJESP* 13.11.2008).

Em sua relatoria, o Desembargador José Garcia concluiu pela incidência da responsabilidade sem culpa da Lei 8.078/1990, aduzindo que "as indústrias de produtos derivados do tabaco, apesar de atuarem dentro da lei vigente, não se eximem da responsabilidade objetiva, dada a teoria do risco, pelos efeitos nocivos causados aos indivíduos pelo uso ou consumo de seus produtos colocados à venda no mercado legitimamente, máxime à luz do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas de ordem pública atingem fatos ainda não consolidados antes de sua vigência". Em reforço, o julgador menciona, assim como consta do inédito julgado do Tribunal Gaúcho, a existência de estudos secretos das próprias empresas de cigarro comprovando os males do produto. O relator analisou ainda as questões relativas à exploração publicitária do passado, bem como os baixos índices de fumantes que conseguem se livrar do vício – cerca de 5% dos usuários, segundo os estudos médicos que constam do acórdão. De forma interdisciplinar, o voto do relator enfrentou questões psicológicas e sociais, aduzindo que, "com o uso regular de cigarros, estabelece-se um condicionamento que faz com que a pessoa passe a ter o fumo integrado à sua rotina. Além disso, o cigarro é também utilizado como um tipo de modulador de emoções, o que faz com que seu uso se amplie significativamente e não esteja associado apenas à necessidade fisiológica de reposição periódica da droga".

Analisando a questão fática, o Desembargador Joaquim Garcia reconhece a existência de inúmeros julgados de improcedência no País, por ausência de nexo de causalidade entre o ato de fumar e os males existentes. Porém, de outra forma, concluiu o magistrado que a autora padecia de tromboangeíte obliterante (doença de Buerger), "cuja literatura médica a respeito é praticamente unânime ao afirmar que a doença manifesta-se somente em fumantes, ou seja, o tabagismo é condição *sine qua non* para o desenvolvimento da moléstia contraída". Comprovado o nexo de causalidade, e sendo reconhecida a possibilidade de se responder também por atos lícitos, os danos materiais

comprovados foram indenizados. A respeito do sempre invocado livre-arbítrio, entendeu o relator que "não se revela hábil para afastar o dever de indenizar dessas companhias, pelas mesmas razões que não se presta a justificar a descriminação das drogas". Relativamente à questão da prova do uso de determinada marca de cigarro, fez incidir na inversão do ônus da prova, de forma correta e esperada. Por fim, o magistrado entendeu pela presença de danos morais presumidos (*in re ipsa*), diante da amputação dos membros inferiores da autora. Em suma, votou pela confirmação da sentença ora atacada, negando provimento ao recurso de apelação.

Pelo mesmo caminho de não provimento do recurso votou o Desembargador Caetano Lagrasta, cuja decisão merece destaque especial. No início do seu voto, o magistrado já salienta que "Julgar-se questão de tamanha envergadura para a Saúde Pública e Defesa da Cidadania e do Consumidor, implica que se adentre a fatores sociais, e até, a vivência do próprio julgador, iniciado na senda do consumo de cigarros, desde os 14 anos, e dele afastado, há aproximadamente onze anos". Nas páginas seguintes do voto são expostos com detalhes os aprofundamentos esperados, bem como um histórico a respeito da publicidade, comercialização e uso cultural do cigarro, desde o final dos anos 1920 do século XXI. O seguinte trecho do seu voto merece ser transcrito:

> "A partir do final dos anos 20, dificilmente seria possível ingressar num cinema ou teatro onde público, personagens e atores não se apresentassem fumando, numa atitude de 'glamour' e de conduta social adequada. Mesmo as fotografias de propaganda mostravam os astros e estrelas fazendo uso de cigarros, como condição de sucesso, segurança e integração social. Este comportamento restou generalizado, independente do país de origem dos espetáculos. Por outro lado, os jovens contavam com o cigarro como elemento de ingresso no mundo adulto e fator de segurança para frequentar os ambientes sociais e mundanos. [...] Desde logo, há que se concluir que o prolongamento desta propaganda não se interrompe em 1950, ao contrário, prossegue nas programações, na projeção de filmes de época, reiteradamente repetidos pelas empresas de televisão 'abertas' e 'por assinatura'. E, somente após longa batalha é que vem sendo possível impedir a propaganda escancarada ou subliminar (*outdoors*, carros de corrida, revistas, jornais, fotonovelas, telenovelas etc.). Estas, além de outras circunstâncias, infernizaram a vida dos adolescentes, pois deviam apresentar-se nos bailes e festas portando cigarros, se possível de qualidade (na época o 'Columbia', muito mais caros do que os do tipo 'Mistura Fina' ou 'Petit Londrinos', que eram consumidor por operários, encanadores, eletricistas, pedreiros etc.), ainda que não os fumassem, mas que se prestavam a causar impacto às mocinhas.
>
> (...).
>
> Assim, o prolatado **arbítrio** do jovem ou, mesmo, da criança, ou o do doente-dependente, por facilmente cooptáveis, não resistiria, como não resistiu, ao assédio massacrante da propaganda, ainda que lhes atribua, em elevado grau, comportamento consciente, para que se sentissem partícipes de uma espécie de vida em sociedade, desde logo empunhando o cigarro como manifestação de 'status' ou de segurança, 'auxílio' no enfrentamento dos desafios dessa mesma sociedade, a partir da saída para o recreio, ao cinema ou às festas da vida escolar, e no ínvio caminho, em direção à morte".

Ao mergulhar nos fatos em espécie, o magistrado aponta para o fato de que a doença que atingiu a autora da ação – tromboangeíte obliterante – é um mal exclusivo dos fumantes, a atestar a existência de nexo causal com os produtos colocados no mercado. Ato contínuo, de forma corajosa, o julgador conclui que o Estado tem papel de participação para os danos sociais decorrentes do tabagismo, por não elevar os preços dos produtos e não tomar medidas para impedir o contrabando e a falsificação dos cigarros. Ademais, o voto expõe a existência de estudos médicos mais recentes, os quais atestam que grupos internacionais de cientistas identificaram um conjunto de variações genéticas que aumentam o risco de câncer no pulmão dos fumantes. A questão da publicidade enganosa não passou despercebida, diante de práticas sucessivas por meio dos anos de omissão de informações a respeito dos males do cigarro.

Sem prejuízo dessas teses, o que mais se destaca no voto do Desembargador Caetano Lagrasta

são as premissas para afastar a alegação de que a atividade de comercialização do cigarro é plenamente lícita, *in verbis*: "Também é sofístico o argumento de que a empresa requerida planta, industrializa e comercializa objeto lícito. O problema não está no plantio, antes nos ingredientes agregados ao fumo na fase de industrialização e que vêm sendo regularmente combatidos mundialmente, em nome da Saúde Pública. E este seria o limite para o exercício regular de um direito (fl. 1217), ante as circunstâncias que enfatizam os riscos da atividade, salvo se a indústria do fumo se mostre infensa a estes, quando da fabricação, e não aos da eclosão das doenças, quando denunciadas". Por fim, a respeito desse instigante voto, chama a atenção a força das palavras que afastam o argumento do *livre-arbítrio*, chegando o juiz a insinuar a existência de um "dogma de alguma estranha e impossível religião do vício".

Encerrando o estudo desse importante acórdão do Tribunal Paulista, deve ser comentado o voto vencido do Desembargador Sílvio Marques Neto, que deu provimento ao recurso, julgando improcedente a ação. O voto está amparado nas conhecidas premissas outrora mencionadas, sobretudo em duas: *a)* ausência de nexo de causalidade entre o fumo e os males da autora, por insuficiência de prova; e *b)* a autora não desconhecia os males do cigarro – foi devidamente informada pela cartela do produto – e fumou porque assim o quis (livre-arbítrio). O magistrado demonstra que o entendimento jurisprudencial consolidado até aquele momento seria no sentido de improcedência das demandas fundadas no tabagismo.

De toda sorte, apesar desses julgados de procedência, insta destacar que prevalecem na jurisprudência nacional as decisões afastando a condenação das empresas de tabaco diante dos fumantes. No ano de 2010, surgiram definitivas decisões nesse sentido no Superior Tribunal de Justiça, as quais declinam o dever de reparar das empresas por vários e já conhecidos argumentos. Os resumos dos julgamentos encontram-se publicados nos *Informativos n*. 432 e *n*. 436 daquele Tribunal. De início, colaciona-se a primeira decisão:

> "Responsabilidade civil. Cigarro. O falecido, tabagista desde a adolescência (meados de 1950), foi diagnosticado como portador de doença broncopulmonar obstrutiva crônica e de enfisema pulmonar em 1998. Após anos de tratamento, faleceu em decorrência de adenocarcinoma pulmonar no ano de 2001. Então, seus familiares (a esposa, filhos e netos) ajuizaram ação de reparação dos danos morais contra o fabricante de cigarros, com lastro na suposta informação inadequada prestada por ele durante décadas, que omitia os males possivelmente decorrentes do fumo, e no incentivo a seu consumo mediante a prática de propaganda tida por enganosa, além de enxergar a existência de nexo de causalidade entre a morte decorrente do câncer e os vícios do produto, que alegam ser de conhecimento do fabricante desde muitas décadas. Nesse contexto, há que se esclarecer que a pretensão de ressarcimento dos autores da ação em razão dos danos morais, diferentemente da pretensão do próprio fumante, surgiu com a morte dele, momento a partir do qual eles tinham ação exercitável a ajuizar (*actio nata*) com o objetivo de compensar o dano que lhes é próprio, daí não se poder falar em prescrição, porque foi respeitado o prazo prescricional de cinco anos do art. 27 do CDC. Note-se que o cigarro classifica-se como produto de periculosidade inerente (art. 9º do CDC) de ser, tal como o álcool, fator de risco de diversas enfermidades. Não se revela como produto defeituoso (art. 12, § 1º, do mesmo Código) ou de alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, esse último de comercialização proibida (art. 10 do mesmo diploma). O art. 220, § 4º, da CF/1988 chancela a comercialização do cigarro, apenas lhe restringe a propaganda, ciente o legislador constituinte dos riscos de seu consumo. Já o CDC considera defeito a falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar frustração no consumidor, que passa a não experimentar a segurança que se espera do produto ou serviço. Destarte, diz respeito a algo que escapa do razoável, que discrepa do padrão do produto ou de congêneres, e não à capacidade inerente a todas as unidades produzidas de o produto gerar danos, tal como no caso do cigarro. Frise-se que, antes da CF/1988 (gênese das limitações impostas ao tabaco) e das legislações restritivas do consumo e publicidade que a seguiram (notadamente, o CDC e a Lei 9.294/1996), não existia o dever jurídico de informação que determinasse à indústria do fumo conduta diversa daquela que, por décadas, praticou. Não há como aceitar a tese da existência de anterior dever de informação, mesmo a partir de um ângulo principiológico, visto que a boa-fé (inerente à criação desse dever acessório) não possui conteúdo *per se*, mas, necessariamente,

insere-se em um conteúdo contextual, afeito à carga histórico-social. Ao se considerarem os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta do século anterior, não há como cogitar o princípio da boa-fé de forma fluida, sem conteúdo substancial e contrário aos usos e costumes por séculos preexistentes, para concluir que era exigível, àquela época, o dever jurídico de informação. De fato, não havia norma advinda de lei, princípio geral de direito ou costume que impusesse tal comportamento. Esses fundamentos, por si sós, seriam suficientes para negar a indenização pleiteada, mas se soma a eles o fato de que, ao considerar a teoria do dano direto e imediato acolhida no direito civil brasileiro (art. 403 do CC/2002 e art. 1.060 do CC/1916), constata-se que ainda não está comprovada pela Medicina a causalidade necessária, direta e exclusiva entre o tabaco e câncer, pois ela se limita a afirmar a existência de fator de risco entre eles, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool e o modo de vida sedentário ou estressante. Se fosse possível, na hipótese, determinar o quanto foi relevante o cigarro para o falecimento (a proporção causal existente entre eles), poder-se-ia cogitar o nexo causal juridicamente satisfatório. Apesar de reconhecidamente robustas, somente as estatísticas não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de morte supostamente associada ao tabagismo, sem que se investigue, episodicamente, o preenchimento dos requisitos legais. Precedentes citados do STF: RE 130.764-PR, *DJ* 19.05.1995; do STJ: REsp 489.895-SP, *DJe* 23.04.2010; REsp 967.623-RJ, *DJe* 29.06.2009; REsp 1.112.796-PR, *DJ* 05.12.2007, e REsp 719.738-RS, *DJe* 22.09.2008" (STJ – REsp 1.113.804/RS – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 27.04.2010).

Ato contínuo, do *Informativo n*. 436 do STJ, igualmente afastando o dever de indenizar da empresa de cigarro:

"Dano moral. Fumante. Mostra-se incontroverso, nos autos, que o recorrido, autor da ação de indenização ajuizada contra a fabricante de cigarros, começou a fumar no mesmo ano em que as advertências sobre os malefícios provocados pelo fumo passaram a ser estampadas, de forma explícita, nos maços de cigarro (1988). Isso, por si só, é suficiente para afastar suas alegações acerca do desconhecimento dos males atribuídos ao fumo; pois, mesmo diante dessas advertências, optou, ao valer-se de seu livre-arbítrio, por adquirir, espontaneamente, o hábito de fumar. Outrossim, nos autos, há laudo pericial conclusivo de que não se pode, no caso, comprovar a relação entre o tabagismo desenvolvido pelo recorrido e o surgimento de sua enfermidade (tromboangeíte obliterante – TAO ou doença de Buerger). Assim, não há falar em direito à indenização por danos morais, pois ausente o nexo de causalidade da obrigação de indenizar. Precedentes citados: REsp 325.622-RJ, *DJe* 10.11.2008; REsp 719.738-RS, *DJe* 22.09.2008; e REsp 737.797-RJ, *DJ* 28.08.2006" (STJ – REsp 886.347/RS – Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJAP) – j. 25.05.2010).

Como antes exposto, a opinião do presente autor é no sentido de distribuição justa e equitativa dos riscos assumidos pelas partes, a fixar o *quantum indenizatório* de acordo com a ideia do risco concorrente. Assim, não se filia aos julgados do STJ transcritos, muito menos aos entendimentos doutrinários que buscam afastar a indenização contra as empresas que comercializam o cigarro.

No campo da doutrina, destaque-se a obra coletiva intitulada *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais* (Rio de Janeiro: Renovar, 2009). O livro é coordenado pela professora titular da Universidade de São Paulo Teresa Ancona Lopez, contando com artigos e pareceres de Ada Pelegrini Grinover, Adroaldo Furtado Fabrício, Álvaro Villaça Azevedo, Arruda Alvim, Cândido Rangel Dinamarco, Eduardo Ribeiro, Fábio Ulhoa Coelho, Galeno Lacerda, Gustavo Tepedino, José Carlos Moreira Alves, José Ignácio Botelho de Mesquita, Judith Martins-Costa, Maria Celina Bodin de Moraes, Nelson Nery Jr., René Ariel Dotti, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, além da própria coordenadora.[92]

Seja por um caminho ou outro, os pareceres procuram afastar a responsabilidade da empresa tabagista, enfrentando questões como nexo de causalidade, a culpa exclusiva da vítima, a inexistência de defeito no produto fumígero, o atendimento da boa-fé pela publicidade do cigarro, a incidência da prescrição, a questão da prova a ser construída na ação pelo fumante, entre outros.

De início, a respeito da ausência do nexo de causalidade, na maioria das vezes estará presente o

elo entre os danos provados pelos consumidores de cigarro e o uso do produto.[93] Conforme outrora exposto, existem doenças exclusivas decorrentes do tabagismo, por exemplo, a doença de Buerger, e, nesses casos, o nexo causal é bem evidente e inconstestável.[94] Cumpre relembrar que quadros comparativos, como o exposto por Sérgio Boeira, têm plenas condições de demonstrar que as doenças cancerígenas são causadas pelo uso do cigarro. Além disso, provas médicas e testemunhais têm o condão de comprovar qual era a marca utilizada pela vítima. A título de exemplo, cite-se que, muitas vezes, consta das certidões de óbito elaboradas por médicos que a causa da morte foi o uso continuado do cigarro. Por fim, a estatística de mercado pode determinar com grau razoável de probabilidade qual era a marca utilizada pelo falecido ou doente.

A respeito do nexo causal, insta deixar bem claro que a responsabilidade civil das empresas de tabaco é objetiva, diante da comum aplicação do Código de Defesa do Consumidor. De maneira subsidiária, em diálogo das fontes, pode ainda ser utilizado o art. 931 do Código Civil, que trata da responsabilidade objetiva referente aos produtos colocados em circulação. Desse modo, não restam dúvidas de que o cigarro é um produto defeituoso, eis que não oferece segurança aos seus consumidores, levando-se em conta os perigos à saúde (art. 12, § 1º, da Lei 8.078/1990). Em reforço, podem ainda ser subsumidos os dispositivos consumeristas que tratam da proteção da saúde e da segurança dos consumidores (arts. 8º a 10 da Lei 8.078/1990). Pela simples leitura atenta dos dispositivos aventados e pelo senso comum, nota-se que são totalmente inconsistentes os argumentos de inexistência de defeito no cigarro, como parte da doutrina considera.[95] Talvez a questão até seja cultural, chocando-se, nesse sentido, o modo de agir e o pensamento de gerações distintas.

Nesse contexto de contraponto, *não se pode negar que o produto perigoso é defeituoso quando causa danos ao consumidor*. Essa é a essência contemporânea do conceito de defeito: o dano causado ao consumidor. Pensar ao contrário, ou seja, verificar o problema a partir da conduta, representa uma volta ao modelo subjetivo ou culposo no sistema consumerista. Em reforço, é imperioso relembrar que, nos casos de responsabilidade objetiva, o nexo causal pode ser formado pela lei, que qualifica a conduta que causou o dano (imputação objetiva). Ato contínuo, pode-se dizer que está presente no caso do cigarro um *defeito de criação*, o qual afeta "as características gerais da produção em consequência de erro havido no momento da elaboração de seu projeto ou de sua fórmula".[96] Em casos tais, "o fabricante responde pela concepção ou idealização de seu produto que não tenha a virtude de evitar os riscos à saúde e segurança, não aceitáveis pelos consumidores, dentro de determinados 'standards'".[97] Isso parece claro e evidente a este autor, em especial pela perda de pessoas próximas pelo uso do cigarro e pela farta bibliografia médica que condena essa prática. Há gerações que não conseguiram vencer a luta pela vida contra o cigarro. Outras até hoje lutam contra os seus males, com algumas vitórias, dada a evolução da medicina. E para aqueles que pensam o contrário, seria interessante interrogarem-se se seria aceitável o incentivo do uso do tabaco aos próprios filhos.

Conforme aponta a doutrina mais atenta, pode-se falar em defeitos ocultos, pelo problema quanto ao acesso à informação dos males do cigarro, principalmente se forem levados em conta aqueles que se iniciaram no fumo antes do início da veiculação de informações sobre os males do produto.[98] Para que o argumento da ausência de nexo de causalidade fique devidamente afastado, cite-se, ainda, a correta aplicação da teoria da presunção de nexo de causalidade, utilizada em alguns julgados, que tem relação direta com a *pressuposição de responsabilidade pela colocação das pessoas em risco*

pelo produto.[99] Voltando mais uma vez ao argumento do defeito, de fato, se o uso do cigarro não causar males à pessoa pelo seu uso continuado, o que até acontece, não há que se falar em defeito. Por outra via, presente o prejuízo, o produto perigoso é elevado à condição de produto defeituoso, surgindo, então, a responsabilidade civil.

Sobre a questão do exercício regular de direito e da licitude da atividade desenvolvida, cumpre destacar que o Direito Civil Brasileiro admite a responsabilidade civil por atos lícitos.[100] De início, cite-se a hipótese de legítima defesa putativa, em que o agente pensa que está tutelando imediatamente um direito seu, ou de terceiro, o que não é verdade.[101] Além da legítima defesa putativa, admite-se a responsabilidade civil decorrente do *estado de necessidade agressivo*. O art. 188, I, do Código Civil enuncia que não constitui ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente (estado de necessidade). Todavia, nos termos do art. 929 da atual codificação privada, se a pessoa lesada ou o dono da coisa, em casos tais, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. O exemplo clássico é o de um pedestre que vê uma criança gritando em meio às chamas que atingem uma casa. O pedestre arromba a porta da casa, apaga o incêndio e salva a criança. Nos termos dos dispositivos visualizados, se quem causou o incêndio não foi o dono da casa, o pedestre-herói terá que indenizá-lo, ressalvado o direito de regresso contra o real culpado (art. 930 do Código Civil). Ora, seria irrazoável imaginar um sistema que ordena que uma pessoa em ato heroico tenha o dever de reparar, enquanto as empresas de tabaco, em condutas nada heroicas, tão somente lucrativas, sejam excluídas de qualquer responsabilidade pelos produtos perigosos postos em circulação.

Além desses argumentos, insta verificar que, muitas vezes, principalmente para os fumantes das décadas mais remotas, a questão do cigarro pode ser resolvida pela figura do abuso de direito. Isso porque as empresas não informavam dos males causados pelo produto, enganando os consumidores. Assim, estaria configurada a publicidade enganosa, nos termos do art. 37, § 1º, da Lei 8.078/1990, o que gera o seu dever de indenizar. Conforme dispõe o art. 187 do Código Civil de 2002, pode-se falar ainda em quebra da boa-fé, pela falsidade da informação, o que é muito bem exposto por Claudia Lima Marques em excelente e corajoso parecer sobre a questão.[102] Em suma, comercializar cigarros pode até ser considerado lícito, diante de um erro histórico cometido pela humanidade. Porém, comercializar o produto sem as corretas informações de seus males – já conhecidos pelas próprias empresas –, gerando danos, configura um ilícito por equiparação (art. 927, *caput*, do Código Civil), conforme bem aponta Lúcio Delfino.[103] Não nos fazem mudar de opinião os argumentos contrários, apesar dos grandes esforços da doutrina de escol.[104]

No que concerne à questão da publicidade, o parecer de Judith Martins-Costa quase chega a convencer, em especial pelos *argumentos realeanos*. Aduz a jurista:

> "Traduzindo esses dados para as categorias teóricas do tridimensionalismo de Miguel Reale, observaremos que o *fato* da consciência social acerca dos malefícios do cigarro tem permanecido, através dos tempos, relativamente o mesmo; porém esse fato (a consciência social) *recebe diferentes valorações sociais e jurídicas no curso dos tempos*, resultando, então, em diferentes recepções normativas por parte do Direito. Quando a consciência social dos males do fumo convivia com a sua 'glamourização' sociocultural, havia uma ampla tolerância jurídica; porém passa-se, progressivamente, à 'desglamourização' sociocultural do fumo, em virtude da ascensão ao *status* de valor social do culto à saúde. Então, verifica-se uma relativa intolerância jurídica, expressa nas leis e medidas administrativas restritivas ao fumo e na regulação da propaganda de cigarros".[105]

A conclusão a que chega mais à frente, quanto à oferta e à boa-fé, é a de que não é possível interpretar as situações jurídicas do passado com a realidade social do presente e vice-versa. Assim, alega que houve equívoco do julgador do Tribunal Gaúcho ao condenar a empresa Souza Cruz, eis que agiu "trazendo a pré-compreensão e interpretação *hoje devidas* ao princípio da boa-fé objetiva para selecionar, filtrar, apreciar e, finalmente, julgar, fatos ocorridos nas longínquas décadas de 40 e 50 do século passado, deixando de lado os dados contextuais e ignorando *a circunstancialidade em que o conhecimento das concretas situações de vida relativas ao tratamento jurídico dos riscos do tabagismo efetivamente se processa*".[106] Anote-se que os fortes argumentos da jurista foram utilizados no julgamento do Superior Tribunal de Justiça publicado no seu *Informativo* 432.

As belas lições da doutrinadora, na verdade, servem em parte para a premissa jurídica que aqui se propõe. A boa-fé objetiva, a veiculação da oferta do cigarro e as experiências sociais do passado devem ser levadas em conta para a fixação do *quantum debeatur*, por interação direta com a assunção dos riscos pelas empresas e fumantes. Todavia, não se pode dizer que tais deduções sociais servem para excluir totalmente a responsabilidade ou a ilicitude das condutas das empresas de tabaco, inclusive na questão da publicidade, como quer a jurista gaúcha. Não se pode colocar totalmente o peso do risco em cima dos consumidores, como se pretende. Em verdade, a boa-fé objetiva e o dever de informar servem para calibrar as condutas, influindo diretamente na ponderação e na fixação das responsabilidades de cada uma das partes envolvidas.

No que toca ao argumento do *livre-arbítrio*, esse já foi exaustivamente rebatido. Cumpre discorrer sobre ele um pouco mais, eis que farta doutrina partidária da conclusão da irreparabilidade o utiliza.[107] Em verdade, na realidade pós-moderna não há o citado *livre-arbítrio*, conceito essencialmente liberal da modernidade, modelo no qual algumas gerações de juristas se formou. O que existe na contemporaneidade é uma inafastável e irresistível tendência de intervenção estatal, de dirigismo negocial, a fim de proteger partes vulneráveis (consumidores, trabalhadores, aderentes, mulheres sob violência, crianças e adolescentes, além de outras questões subjetivas) e valores fundamentais (moradia, saúde, segurança, função social, vedação do enriquecimento sem causa e da onerosidade excessiva, entre outros aspectos de valoração objetiva). Eis aqui mais uma ideia que conflita gerações no Direito. Em reforço, cumpre lembrar as palavras do Desembargador Caetano Lagrasta, em julgado do Tribunal de São Paulo, no sentido de que o argumento do livre-arbítrio parece fundamentar uma pretensa religião que cultua o cigarro. Em reforço, fica a dúvida se realmente havia um *livre e irrestrito arbítrio* no que toca aos fumantes do passado remoto.

Em relação a argumentos acessórios relativos à liberdade e à autonomia privada, caso da *vedação do comportamento contraditório*, insta deixar claro que a máxima do *venire contra factum proprium* não consegue vencer valores fundamentais, caso da tutela da saúde, que está no art. 6º da Constituição Federal (*técnica de ponderação*).[108]

Por fim, o argumento principal a ser rebatido é o da culpa exclusiva da vítima. Esse parece ser o maior sofisma jurídico pregado por parte da doutrina e da jurisprudência, que concluem pela inexistência de dever de indenizar os fumantes ou seus familiares, ferindo a lógica do razoável. Não se pode admitir que a carga de culpa fique somente concentrada no consumidor, sobretudo se as empresas de cigarro assumem um risco-proveito, altamente lucrativo. O argumento é por completo inócuo nos casos de fumantes passivos, caso, por exemplo, de trabalhadores de locais em que o fumo vem – ou vinha – a ser permitido (*v.g.*, casas noturnas e restaurantes), que acabam se enquadrando no

conceito de consumidor por equiparação ou *bystander* (art. 17 do CDC). Há até o cúmulo das vozes argumentativas que pregam que a pessoa fuma para depois pleitear indenização ou para que seus familiares o façam. Quem já vivenciou os últimos dias de um fumante sabe muito bem como o argumento é descabido, seja do ponto de vista fático ou social.

A conclusão deste autor é a de que o problema do cigarro deve ser resolvido pela *teoria do risco concorrente*. Na linha das lições de Judith Martins-Costa antes esposadas, dois momentos distintos devem ser imaginados, para duas soluções do mesmo modo discrepantes. Atente-se para o fato de que as soluções são de divisões diferentes das responsabilidades, sem a atribuição do ônus de forma exclusiva a apenas um dos envolvidos.

De início, para aqueles que começaram a fumar antes da publicidade e da propaganda de alerta, o fator de assunção do risco deve ser diminuído ou até excluído, eis que não tinham conhecimento – ou não deveriam ter – de todos os males causados pelo fumo. Muitas dessas pessoas foram enganadas anos a fio. Aqui se enquadram os que se iniciaram no fumo antes do início do século XXI e que são justamente os personagens principais das demandas em curso perante o Poder Judiciário brasileiro. O maior índice de risco assumido, por óbvio, está na conduta dos fabricantes e comerciantes de cigarros, até porque sabiam ou deveriam saber dos males do produto. É possível deduzir ainda que, diante do grau de instrução do brasileiro comum, não se pode atribuir qualquer índice de riscos aos consumidores, aplicando-se a reparação integral dos danos. Entretanto, aumentando o grau de esclarecimento do fumante, a ponderação deve ser diversa.

Para ilustrar, se uma pessoa altamente esclarecida começou a fumar nos anos 1980, sendo razoável que ela sabia dos males do cigarro, o grau de risco assumido deve ser em torno de 10% ou 20%, enquanto os outros 90% ou 80% correm por conta da empresa de tabaco. Na mesma hipótese, mas envolvendo um analfabeto sem instrução cultural, o grau de risco será de 100% por parte da empresa.

Por outra via, para aqueles que iniciaram o hábito mais recentemente – devidamente informados, sabendo e conhecendo os males do cigarro –, a situação é diferente. Inverte-se o raciocínio, uma vez que a maior carga de risco assumido se dá por parte do fumante. Nesse contexto, pode-se imaginar 90% de risco por parte do fumante e 10% pela empresa; 80% de risco pelo fumante e 20% pela empresa, e assim sucessivamente, o que depende da análise caso a caso pelo aplicador do Direito. Contudo, mesmo em casos tais não se pode admitir a culpa ou o fato exclusivo da vítima, havendo, na verdade, um risco concorrente. Eis aqui mais um exemplo de que a resolução do problema pela concausalidade pode ser favorável ao consumidor, pois em circunstâncias normais poder-se-ia falar em culpa exclusiva do consumidor, como faz parte da doutrina e da jurisprudência, muitas vezes amparada no livre-arbítrio.

Concluindo, a indenização deve ser fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, aplicando-se a equidade e buscando-se o critério máximo de justiça. Um sistema justo, equânime e ponderado de responsabilidade civil é aquele que procura dividir os custos do dever de indenizar de acordo com os seus participantes e na medida dos riscos assumidos por cada um deles.

Para findar o presente capítulo, colaciona-se tabela com todos os argumentos doutrinários aqui expostos, constantes na citada obra coletiva, com os correspondentes contra-argumentos ou *rebates*, para os fins de atribuição de uma responsabilidade civil concorrente entre fumantes e empresas tabagistas.

Argumento	Quem segue	Contra-argumento
Ausência de nexo de causalidade entre o cigarro e o dano.	Gustavo Tepedino. Moreira Alves. Galeno Lacerda. Nelson Nery Jr.	Há nexo de causalidade, pela causalidade adequada, entre o risco do produto e os danos causados. Aplica-se a responsabilidade objetiva do CDC. Produto perigoso que causa dano é produto defeituoso. No cigarro há um defeito de criação. As estatísticas e os cálculos podem demonstrar que o prejuízo é causado pelo cigarro. No caso da doença de Buerguer, o mal é evidentemente causado pelo cigarro. Provas médicas (laudos) e testemunhais podem provar a marca utilizada pela vítima. Vale também a estatística de mercado para apontar quais as marcas mais usadas.
Licitude da atividade e exercício regular de direito por parte da empresa.	Tereza Ancona Lopez. Gustavo Tepedino. Adroaldo Furtado Fabrício. Ruy Rosado de Aguiar.	É possível a responsabilidade por atos lícitos, o que, aliás, pode ser retirado do art. 927, parágrafo único, do CC. O art. 929 do CC admite a responsabilidade pelo estado de necessidade. Admite-se a responsabilidade civil por legítima defesa putativa. O abuso de direito da informação pode atribuir a responsabilidade, no caso das pessoas que passaram a fumar em tempos remotos. Será que as empresas não sabiam que fazia mal o cigarro, mesmo antes da década de 90?
Não há problema na publicidade, pois as empresas não sabiam dos males do cigarro. Assim, não haveria publicidade enganosa. A boa-fé objetiva impõe que as condutas sejam analisadas de acordo com a realidade da época (realidade cultural e social).	Judith Martins-Costa, utilizando a teoria tridimensional de Miguel Reale. Quase convence. *Informativo* 432 do STJ.	O argumento não tem o condão de excluir totalmente a responsabilidade das empresas, mas de atenuá-la, havendo uma concorrência de risco. De toda sorte, como o fumante não sabia dos males, não se pode atribuir-lhe o maior peso de risco, mas sim fazê-lo com relação às empresas, diante de um risco-proveito. A boa-fé objetiva e o dever de informar servem para calibrar as condutas, fixando-se a responsabilidade civil de acordo com as contribuições causais.
	Teresa Ancona Lopez.	

Livre-arbítrio.	Álvaro Villaça Azevedo. Galeno Lacerda. Gustavo Tepedino. Nelson Nery Jr. Maria Celina Bodin de Moraes. René Ariel Dotti.	Na realidade pós-modernidade não há o citado livre arbítrio, TOTAL E IRRESTRITO, modelo liberal da modernidade. O que há no momento é uma tendência de intervenção estatal, de dirigismo, dentro do modelo democrático. Essa intervenção tende a proteger os vulneráveis e valores fundamentais.
Vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).	Tereza Ancona Lopez. Nelson Nery Jr. Gustavo Tepedino.	Pela técnica de ponderação, a boa-fé objetiva não vence valores fundamentais, como a tutela da saúde, constante do art. 6º da CF/1988. Valores fundamentais são irrenunciáveis.
Culpa exclusiva da vítima.	Praticamente todos os citados.	A carga da culpa não pode ficar toda sobre o fumante. A empresa tabagista tem um risco-proveito. O consumidor também assume risco, o que depende das circunstâncias fáticas. A indenização deve ser fixada de acordo com os riscos assumidos, o que depende da ciência ou não e da assunção dos riscos, de acordo com a informação e a época vivida. O argumento é inócuo quanto aos fumantes passivos, que são consumidores equiparados (art. 17 do CDC).

4.7. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O *RECALL*

O *recall, rechamada* ou *convocação* tornou-se um acontecimento constante no mercado de consumo. A palavra *recall* está assim traduzida no *Dicionário Aulete*, um dos poucos em que o verbete é encontrado: "Convocação. Em países de língua inglesa e no Brasil, nome do procedimento em que o fornecedor convoca, por meio de anúncios veiculados na imprensa, os compradores de seu produto, quando constatado um defeito de fabricação, a fim de corrigi-lo antes que cause acidente, prejuízo, dano etc. ao consumidor".[109] Todos os anos, milhares de empresas convocam os seus consumidores para a troca de peças ou mesmo de todo o produto, visando afastar eventuais danos futuros. Na *mass consumption society* ou sociedade de consumo de massa, as trocas mais comuns são de peças de veículos e de brinquedos infantis.

Não se pode negar que o ato dos fornecedores de convocar os consumidores é uma ação movida pela boa-fé objetiva, em especial na fase pós-contratual ou pós-consumo. Agem assim os fabricantes movidos pela orientação constante do art. 4º, III, e do art. 6º, II, da Lei 8.078/1990. Não olvidam, do mesmo modo, as normas que vedam aos fornecedores manter no mercado de consumo produtos que saibam ser perigosos (arts. 8º e 10 da Lei Consumerista), bem como o comando que enuncia o dever de informar a respeito dos riscos e perigos relativos aos bens de consumo (art. 9º do CDC). Anote-se

que o dever de retirar do mercado produto perigoso ou nocivo constava expressamente do art. 11 da Lei 8.078/1990, norma que foi vetada pelo então Presidente da República. Era a redação da norma vetada: "Art. 11. O produto ou serviço que, mesmo adequadamente utilizado ou fruído, apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade será retirado imediatamente do mercado pelo fornecedor, sempre às suas expensas, sem prejuízo da responsabilidade pela reparação de eventuais danos". Razões do veto: "O dispositivo é contrário ao interesse público, pois, ao determinar a retirada do mercado de produtos e serviços que apresentem 'alto grau de nocividade ou periculosidade', mesmo quando 'adequadamente utilizados', impossibilita a produção e o comércio de bens indispensáveis à vida moderna (*e.g.* materiais radioativos, produtos químicos e outros). Cabe, quanto a tais produtos e serviços, a adoção de cuidados especiais, a serem disciplinados em legislação específica". Todavia, deve ficar claro que tal veto não prejudica o dever de se fazer o *recall*, prática que se mostrou até mais efetiva do que a simples retirada do produto. O que se verifica no *recall* é um ato de convocação dos fornecedores para que os consumidores ajam em colaboração ou cooperação, um dos ditames da boa-fé objetiva.

Não restam dúvidas de que há um paralelo entre a responsabilidade pós-contratual ou *post pactum finitum* e a prática do *recall*, aplicando-se o princípio da boa-fé nessa fase negocial. Tal interação é muito bem delineada por Rogério Ferraz Donnini, para quem "o *recall* evita que o fornecedor suporte uma gama enorme de ações de indenização daqueles que eventualmente sofreriam prejuízos, desde que a substituição do produto nocivo ou perigoso seja realizada de maneira apropriada. O *recall*, assim, não caracteriza uma culpa do fornecedor após a extinção do contrato firmado com o consumidor. Ao contrário. Trata-se de expediente preventivo. Há, em verdade, a antecipação do fornecedor para que o fato que provavelmente sucederia (dano) não se concretize. Embora essa substituição de produto ocorra normalmente após extinto o contrato, inexiste culpa do fornecedor. Não há, destarte, responsabilidade civil do fornecedor, haja vista que o prejuízo ainda não ocorreu. Desde que seja feita a troca da peça avariada de forma adequada, foram os deveres acessórios cumpridos".[110]

De fato, se há a troca, o dano não estará presente, não se cogitando o dever de indenizar do fornecedor. Nessa linha vem decidindo a jurisprudência nacional. A título de exemplo, do Tribunal do Distrito Federal: "Ação coletiva. CDC. Alegação de riscos a consumidores. Exposição a produtos viciados ou defeituosos que foram objeto de *recall*. Danos morais. Inocorrência. O recolhimento preventivo de brinquedo (*recall*) em face de defeito na concepção ou de componente nocivo à saúde, não gera, por si só, danos morais. Precedentes do STJ" (TJDF – Recurso 2007.01.1.110169-4 – Acórdão 329.335 – Segunda Turma Cível – Rel. Des. Carmelita Brasil – *DJDFTE* 12.11.2008, p. 77). Na mesma perspectiva:

> "Indenização. Danos morais e materiais. Convocação para troca de equipamentos através de *recall*. Impossibilidade de reparação de dano hipotético ou potencial. Não há se falar em dano moral ou material em decorrência de convocação da autora para troca de equipamentos em seu veículo através de *recall* pela simples preocupação advinda com a ciência do defeito ou pelo não abatimento do valor do carro no momento da compra. Não existe reparação de dano hipotético ou potencial. Além do mais, não há se falar em danos materiais se o preço de venda do veículo foi superior ao preço de compra. Não é qualquer dissabor, ou qualquer incômodo, que dá ensejo à indenização por abalo moral. É preciso se ter em conta, sempre, que não se pode estimular a proliferação da chamada 'indústria do dano moral'. Apelo improvido" (TJRS – Acórdão 70004786117, Porto Alegre – Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha – j. 25.09.2003).

Por outra via, se o problema na coisa é anterior ao *recall*, a convocação posterior para a troca evidencia o vício, surgindo a obrigação de reparar do fabricante, com base no Código de Defesa do Consumidor, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça na ementa a seguir colacionada:

> "Civil. Processual civil. Recurso especial. Direito do consumidor. Veículo com defeito. Responsabilidade do fornecedor. Indenização. Danos morais. Valor indenizatório. Redução do *quantum*. Precedentes desta Corte. 1. Aplicável à hipótese a legislação consumerista. O fato de o recorrido adquirir o veículo para uso comercial – táxi – não afasta a sua condição de hipossuficiente na relação com a empresa-recorrente, ensejando a aplicação das normas protetivas do CDC. 2. Verifica-se, *in casu*, que se trata de defeito relativo à falha na segurança, de caso em que o produto traz um vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente (defeito na mangueira de alimentação de combustível do veículo, propiciando vazamento causador do incêndio). Aplicação da regra do art. 27 do CDC. 3. O Tribunal *a quo*, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, entendeu que o defeito fora publicamente reconhecido pela recorrente, ao proceder ao *recall* com vistas à substituição da mangueira de alimentação do combustível. A pretendida reversão do *decisum* recorrido demanda reexame de provas analisadas nas instâncias ordinárias. Óbice da Súmula 7/STJ. 4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que 'quanto ao dano moral, não há que se falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado o fato, impõe-se a condenação' (Cf. AGA 356.447-RJ, *DJ* 11.06.2001). 5. Consideradas as peculiaridades do caso em questão e os princípios de moderação e da razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal *a quo*, a título de danos morais, em 100 (cem) salários-mínimos, mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, pelo que se impõe a respectiva redução a quantia certa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). 6. Recurso conhecido parcialmente e, nesta parte, provido" (STJ – REsp 575.469/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 18.11.2004 – *DJ* 06.12.2004, p. 325).

Na mesma linha, colaciona-se ementa do Tribunal Paulista, seguindo as lições expostas nesta obra: "Indenização. Dano moral. Acidente de veículo com evento morte. Cinto de segurança traseiro. Defeito de fabricação. *Recall* posterior ao evento. Ônus da prova do fabricante. Considerações sobre a Teoria da carga dinâmica da prova. Dano moral configurado. Sentença reformada. Recurso provido, por maioria" (TJSP, Apelação 0281461-98.2009.8.26.0000 – 8ª Câmara de Direito Privado, Registro – Rel. Des. Caetano Lagrasta – j. 15.08.2012).

Entretanto, situação mais intrincada se faz presente quando o consumidor – avisado ou não – não troca o produto com defeito, vindo a ocorrer o evento danoso. A primeira questão a ser esclarecida é a de que, em casos tais, haverá responsabilidade do fornecedor diante do produto nocivo ou que apresenta riscos. A questão da informação, aqui, é importante para se atenuar a responsabilidade deste. Consigne-se que pode ser encontrada decisão que responsabilizou exclusivamente componente da cadeia de consumo – no caso, o comerciante – por não ter atendido à clara convocação dos consumidores para a troca de produtos:

> "Consumidor. Fato do produto. Ingestão de produto (toddynho) que resultou em problemas estomacais. *Recall* publicado para a substituição do produto, não atendido pelo supermercado, o qual possui responsabilidade objetiva. Nexo de causalidade presente. Dano moral *in re ipsa*. Lesão à saúde do consumidor. Dever de indenizar. Dano material representado pelas despesas de aquisição do produto e gastos com atendimento. Sentença de improcedência reformada. Deram provimento ao recurso" (TJRS – Recurso Cível 71001416346, Porto Alegre – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Heleno Tregnago Saraiva – j. 15.05.2008 – *DOERS* 20.05.2008, p. 106).

Ora, se o consumidor não foi devidamente informado – pois os meios de comunicação da *convocação* foram insuficientes ou equivocados –, a responsabilidade do fornecedor será integral, pela soma da colocação de um produto perigoso no mercado com a falha na informação. Com base em norma que consta da Lei 8.078/1990, alerte-se que o ônus da prova a respeito da comunicação

cabe ao fornecedor (art. 38).

Temática ainda mais complicada está relacionada à hipótese em que o consumidor é devidamente comunicado do *recall*, o que é provado pelo fornecedor ou decorre das circunstâncias e do bom-senso, mas não o atende, vindo a ocorrer o infortúnio. A título de exemplo, uma montadora de veículos convoca os consumidores de determinado modelo *popular* a fazerem um reforço no engate do cinto de segurança que, segundo estudos técnico-científicos, apresenta riscos de se soltar em casos de freadas bruscas. Diante da enorme quantidade de unidades do automóvel, o *recall* é anunciado na TV aberta, em jornais, no rádio e na internet. Atendendo ao seu dever de informar, a montadora envia cartas para todos os seus consumidores com aviso de recebimento e mensagens eletrônicas com certificação de leitura pelos destinatários. Determinado consumidor, que foi devidamente avisado do *recall*, conforme prova que pode ser construída pelo fornecedor, resolve não atender à convocação, assumindo os riscos de utilizar o veículo problemático. Em certa ocasião, o consumidor, ao dirigir o seu veículo, freia bruscamente, e o cinto de segurança não consegue segurar o impacto, vindo o motorista a chocar o seu rosto contra o para-brisa. A colisão lhe causa danos materiais, morais e estéticos, o que faz a vítima ingressar com ação indenizatória em face do fabricante do veículo, pela presença do fato do produto (art. 12 do Código de Defesa do Consumidor).

In casu, não se pode afastar o dever de indenizar do fabricante, presente o defeito do produto colocado em circulação. Entretanto, a vítima, ao não atender o *recall*, assumiu o risco, devendo a indenização ser reduzida razoavelmente, de acordo com as circunstâncias. Incidem, na espécie, as normas dos arts. 944 e 945 do Código Civil e a *teoria do risco concorrente*.

Verifica-se, desse modo, que o risco assumido é a construção mais adequada, uma vez que não se pode atribuir culpa exclusiva ao consumidor ao não atender a convocação. Isso porque não se pode falar em desrespeito a um dever principal legal ou contratual. Em verdade, é até possível alegar violação de um dever anexo por parte do consumidor, no caso, do dever de colaboração ou cooperação. Porém, a ideia de risco concorrente tem melhor *encaixe* no tipo descrito. Na concreção exposta, entende-se que o percentual de risco é maior por parte do consumidor e em menor montante por parte do fornecedor, que procurou minorar as consequências da exposição de outrem ao perigo. Pode-se ainda trabalhar com algumas variações, tais como 70% de risco do consumidor e 30% de risco do fornecedor. Exemplificando, se a vítima pleiteia no problema descrito reparação integral de R$ 10.000,00 (dez mil reais), esta será fixada em valor próximo a R$ 3.000,00 (três mil reais). Evidencie-se, mais uma vez, que não se pode afirmar que a conclusão pela *teoria do risco concorrente* é contrária aos interesses dos consumidores, pois alguns julgadores poderiam apontar que, na problematização ora descrita, houve culpa exclusiva da vítima ou do consumidor.

Como últimas palavras deste capítulo, nota-se que a tese da concausalidade pelos riscos demonstra ter efetiva aplicação prática. Mais do que isso, mostra ser razoável e equânime, na linha do preceito máximo de justiça de "dar a cada um o que é seu". Valem as palavras no sentido de que não se pode atribuir a uma das partes, em hipóteses tais, o papel isolado de único causador do evento danoso, o que acaba sendo uma visão maniqueísta e superada, a qual procura dividir a responsabilidade civil em *heróis* e *vilões*. Sintetizando, no caso do *recall*, é possível dividir as responsabilidades de acordo com as contribuições dos envolvidos no caso concreto, notadamente pelos riscos assumidos.

_____

1 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações. Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 273. Expõe o professor Villaça que a palavra tem origem em um jogo de perguntas e respostas que eram feitas quando da constituição dos negócios "*spondesne mihi dare centum? Spondeo*" (Prometes me dar um cento? Prometo).

2 ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 3. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. I, p. 877.

3 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 432-433.

4 MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II, p. 97.

5 A tentativa de unificação da responsabilidade civil pelo CDC é apresentada, entre outros, por: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 81; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

6 Sobre o tema dos contratos coligados: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dessemelhança. *Direito civil:* estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 135; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Saraiva, 2003; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

7 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 171.

8 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 171.

9 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 230-231.

10 DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 196-197.

11 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4: Direito das obrigações. 1ª parte, p. 56.

12 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4: Direito das obrigações. 1ª parte, p. 56.

13 LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. t. 55, p. 291-292.

14 Por todos, entre os civilistas: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 206-207; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II: Direito das obrigações, p. 96-97. Os últimos autores falam em culpa presumida.

15 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. III: Responsabilidade civil. p. 249.

16 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Cirurgia plástica e responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 7 abr. 2009. Trata-se do conteúdo de palestra proferida na VII Reunião Anual dos Dermatologistas do Estado de São Paulo, na cidade de Santos (SP), em 30 de novembro de 2002, promovida pela Sociedade Brasileira de Dermatologia – Regional São Paulo.

17 LÔBO, Paulo. *Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

18 RENTERIA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*. Análise crítica. São Paulo: GEN/Método, 2011.

19 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cesar Peluzo. São Paulo: Manole, 2007. p. 766-767.

20 Veja-se, por todos: RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*,. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 171-234; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 137-210; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. Código Comentado e Jurisprudência. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 54-95; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 309-322. v. III.

21 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. Código comentado e jurisprudência. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 107-124.

22 A criação do exemplo está em: RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 238-239.

23 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 239.

24 A *solidariedade passiva legal* como regra consumerista á observada por autores como Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Leis civis comentadas*. São Paulo: RT, 2006. p. 193); Luiz Antonio Rizzatto Nunes (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 159); Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 248); Leonardo de Medeiros Garcia (*Direito do Consumidor*. Código Comentado e Jurisprudência. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 47-48); Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamim e Bruno Miragem (*Comentários ao Código*

de Defesa do Consumidor, cit., p. 223). Os últimos foram citados no Capítulo 2 deste livro.

25 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 199.

26 Vejamos as fontes: DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 192; TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidente de consumo na ótica civil-constitucional. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 275; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7: Responsabilidade Civil. p. 452); CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas*, 2007. p. 467; LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Responsabilidade civil. vol. III, p. 310; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Responsabilidade civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 149-151; KHOURI, Paulo R. Roque. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 161; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 176-177; GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV: Responsabilidade civil. p. 262; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. IV: Responsabilidade civil. p. 219.

27 MARQUES, Claudia; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 412. De toda sorte, insta verificar que Bruno Miragem, em obra solitária, sustenta ser a responsabilidade do comerciante subsidiária ou supletiva no fato do produto (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 395).

28 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 199.

29 Essa é a conclusão do coautor Daniel Amorim Assumpção Neves, ao discorrer, em sua tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, sobre a possibilidade das *ações probatórias autônomas* (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008. Coleção Theotônio Negrão).

30 SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 102.

31 BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 183-184.

32 Nessa linha, veja-se: BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 185.

33 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. Código Civil Comentado e Jurisprudência. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 100.

34 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor*. Código Civil Comentado e Jurisprudência. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 101.

35 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 361.

36 SIMÃO, José Fernando. Vícios do produto. Questões controvertidas. In: MORATO, Antonio Carlos; NÉRI, Paulo de Tarso (orgs.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. Estudos em homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010. p. 410.

37 A questão está exposta em: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: GEN/Método, 2011. v. 3: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie, e TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Volume Único. São Paulo: GEN/Método, 2011.

38 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 594.

39 Nesse sentido, por todos: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 570.

40 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 981.

41 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 366-370.

42 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 367.

43 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 369.

44 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 422.

45 LISBOA, Roberto Senise. *Responsabiliade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001. p. 241.

46 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 471.

47 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 630.

48 TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio,*

responsabilidade e produto de risco inerente. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 237.

49 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 397.

50 A expressão "demandas frívolas" é de Anderson Schreiber, que abordou muito bem o tema em sua notável obra, fruto de tese de doutoramento defendida na Itália (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 187-215). Logo ao início do capítulo é citada expressão da obra de Tim Maia: "Não quero dinheiro".

51 GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21753>. Acesso em: 21 set. 2013.

52 A construção está baseada, entre outros, nas ideias de Maria Helena Diniz, que assim conceitua a causalidade: "1. *Filosofia do direito*. a) Relação entre uma causa e um efeito; b) qualidade de produzir efeito; c) princípio em razão do qual os efeitos se ligam às causas. 2. *Direito civil e direito penal*. Um dos elementos indispensáveis para a configuração do ilícito ou do delito, pois as responsabilidades civil e penal não poderão existir sem a relação ou o nexo de causalidade entre o dano ou resultado e o comportamento do agente. Deveras, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido" (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 641).

53 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 255.

54 Nessa linha de pensamento: Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamim e Bruno Miragem (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 383); Rizzatto Nunes (*Comentários ao Código de Defesa do Consumido*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 195); Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Leis civis comentadas*. São Paulo: RT, 2006. p. 195); e Roberto Senise Lisboa (*Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001. p. 270).

55 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 312.

56 GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atual. Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 148.

57 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 65; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. v. III. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 152-153.

58 DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 190.

59 DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 195.

60 Sobre o tema, do risco do empreendimento, entre os italianos: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. A cura di Pietro Maria Putti. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001; ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Trattado di diritto privado*. Diretto da Pietro Rescigno. Torino: UTET, Ristampa, 1987. t. 6: Obbligazione e contratti.

61 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 314-315.

62 SCHREIBER, Anderson. Flexibilização do nexo causal em relações de consumo. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 38-39.

63 Da doutrina nacional, podem ser citados como seguidores da divisão: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. IV, p. 272-273: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. IV, p. 287; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. III, p. 156-157; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 57-58.

64 Essa revisão conceitual da responsabilidade civil do Estado consta de outra obra, fruto de tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo: TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco*. A teoria do risco concorrente. São Paulo: GEN/Método, 2011.

65 CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil pelo fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 176.

66 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I, p. 392.

67 *Código do Consumidor*. Anteprojecto. Comissão do Código Consumidor. Ministério da Economia e da Inovação. Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2006. p. 174.

68 Além de Pinto Monteiro, são integrantes da Comissão: professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida (Universidade Nova de Lisboa), professor Doutor Paulo Cardoso Correia Mota Pinto (Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional e professor da Universidade de Coimbra), Dr. Manuel Tomé Soares Gomes (Desembargador do Tribunal de Relação de Lisboa), Maria Manuela Flores Ferreira (Procuradora-geral do Tribunal Central de Lisboa), Mestre Mário Paulo da Silva Tenreiro (Chefe da Unidade da Comissão Europeia, em Bruxelas, sobre política dos consumidores), professor José Eduardo Tavares de Souza (Universidade do Porto), professor Doutor Augusto Silva Dias (Universidade de Lisboa e Universidade Lusíada) e professora Doutora Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia (Universidade de Lisboa e Universidade Católica Portuguesa).

69 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 173.

70 ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 3. ed. Roma: Laterza, 2002. p. 404.

71 CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. O risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil*. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009. p. 57-58.

72 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 392.

73 TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco*. A teoria do risco concorrente. São Paulo: GEN/Método, 2011.

74 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*, São Paulo: Atlas, 2008. p. 254.

75 MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 24.

76 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Indenização e equidade no Código Civil de 2002. In: CARVALHO NETO, Inácio de (Coord.). *Novos direitos*. Após seis anos de vigência do Código Civil de 2002. Curitiba: Juruá, 2009. p. 103.

77 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Indenização e equidade no Código Civil de 2002, cit., p. 103-104.

78 Estudo retirado de: TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco*. A teoria do risco concorrente. São Paulo: GEN/Método, 2011. Resolveu-se repetir aqui a publicação do estudo, diante da amplitude maior desta obra quanto ao público jurídico, como um *manual*.

79 REVISTA VEJA. São Paulo: Abril, Edição 2.140, ano 42, n. 47, 25 nov. 2009, p. 163-166. Reportagem assinada pelo jornalista André Petry, de Nova York, Estados Unidos da América.

80 REVISTA VEJA. São Paulo: Abril, Edição 2.140, ano 42, n. 47, 25 nov. 2009, p. 163.

81 BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica. Tese – (Doutorado) Itajaí: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. Trata-se de tese de doutorado da área de ciências humanas, defendida perante a Universidade Federal de Santa Catarina.

82 BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 48.

83 BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 51.

84 BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 56.

85 BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 426.

86 BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 79-91.

87 BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 80.

88 BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 82.

89 BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 86.

90 BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 86.

91 Imagem disponível em: <http://lane.stanford.edu/tobacco/index.html>. Acesso em: 18 dez. 2009.

92 LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

93 Entendendo pela ausência de nexo causal na questão relativa aos danos decorrentes do uso do cigarro, ver, naquela obra coletiva, as posições de Gustavo Tepedino, José Carlos Moreira Alves, Galeno Lacerda e Nelson Nery Jr. (LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009).

94 Destaque-se que nenhum dos pareceres e estudos constantes da obra coletiva que se analisa enfrentou a questão da doença de Buerger, sendo os artigos e pareceres direcionados somente para os mais diversos tipos de câncer. Nota-se, contudo, que a decisão de improcedência publicada no *Informativo* 436 do STJ menciona tal doença.

95 Considerando inexistente o defeito no cigarro, com o principal argumento de que o produto perigoso não é defeituoso, naquela obra coletiva; Adroaldo Furtado Fabrício, Álvaro Villaça Azevedo, Galeno Lacerda, Nelson Nery Jr., Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Teresa Ancona Lopez.

96 ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed., 2.

tir. São Paulo: RT, 1995. p. 103.

97 ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*, cit., p. 103.

98 MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 165.

99 Sobre essa presunção do nexo causal na questão do cigarro, com a citação de outras decisões jurisprudenciais: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 248-257.

100 Argumentando pela licitude do ato de vender de cigarros na obra coletiva abordada: Adroaldo Furtado Fabrício, Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Teresa Ancona Lopez.

101 Conforme o art. 188, I, do Código Civil, a legítima defesa não constitui ato ilícito. Concluindo pelo dever de indenizar, presente a legítima defesa putativa: "Civil. Dano moral. Legítima defesa putativa. A legítima defesa putativa supõe negligência na apreciação dos fatos, e por isso não exclui a responsabilidade civil pelos danos que dela decorram. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 513.891/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 20.03.2007 – *DJ* 16.04.2007, p. 181).

102 MARQUES, Claudia Lima. Violação do dever de boa-fé, corretamente, nos atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 835, p. 74-133, 2005.

103 DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 265-325.

104 Excluindo a responsabilidade das empresas pela questão da publicidade que não pode ser tida como enganosa ou abusiva, naquela obra coletiva: Fábio Ulhoa Coelho, Adroaldo Furtado Fabrício e Gustavo Tepedino.

105 MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 284.

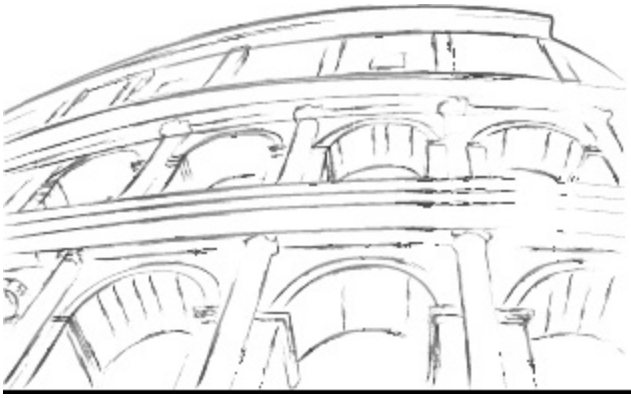
106 MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo, cit., p. 289.

107 Discorrendo de forma profunda sobre o livre-arbítrio e a liberdade do fumante, em uma visão liberal, naquela obra coletiva: Teresa Ancona Lopez, Álvaro Villaça Azevedo, Galeno Lacerda, Nelson Nery Jr., Maria Celina Bodin de Moraes e René Ariel Dotti.

108 Na citada obra coletiva, enquadrando o fumante que pleiteia a indenização na vedação do comportamento contraditório que decorre da boa-fé: Teresa Ancona Lopez, Nelson Nery Jr e Gustavo Tepedino.

109 Dicionário disponível para os assinantes do sítio *Universo On Line* em: <http://aulete.uol.com.br>. Acesso em: 10 dez. 2009.

110 DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125.



5

A PROTEÇÃO CONTRATUAL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sumário: 5.1. O conceito contemporâneo ou pós-moderno de contrato e o direito do consumidor. Os contratos coligados e os contratos cativos de longa duração – 5.2. A revisão contratual por fato superveniente no Código de Defesa do Consumidor – 5.3. A função social do contrato e a não vinculação das cláusulas desconhecidas e incompreensíveis (art. 46 do CDC). A interpretação mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC) – 5.4. A força vinculativa dos escritos e a boa-fé objetiva nos contratos de consumo (art. 48 da Lei 8.078/1990). A aplicação dos conceitos parcelares da boa-fé objetiva: 5.4.1. *Supressio* e *surrectio*; 5.4.2. *Tu quoque*; 5.4.3. *Exceptio doli*; 5.4.4. *Venire contra factum proprium*; 5.4.5. *Duty to mitigate the loss* – 5.5. O direito de arrependimento nos contratos de consumo (art. 49 da Lei 8.078/1990) – 5.6. A garantia contratual do art. 50 da Lei 8.078/1990 – 5.7. As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. Análise do rol exemplificativo do art. 51 da Lei 8.078/1990 e suas decorrências: 5.7.1. Cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (art. 51, inc. I, do CDC); 5.7.2. Cláusulas que subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga (art. 51, inc. II, do CDC); 5.7.3. Cláusulas que transfiram responsabilidades a terceiros (art. 51, inc. III, do CDC); 5.7.4. Cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, inc. IV, do CDC); 5.7.5. Cláusulas que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor (art. 51, inc. VI, do CDC); 5.7.6. Cláusulas que determinem a utilização compulsória de arbitragem (art. 51, inc. VII, do CDC); 5.7.7. Cláusulas que imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor (art. 51, inc. VIII, do CDC); 5.7.8. Cláusulas que deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor (art. 51, inc. IX, do CDC); 5.7.9. Cláusulas que permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral (art. 51, inc. X, do CDC); 5.7.10. Cláusulas que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor (art. 51, inc. XI, do CDC); 5.7.11. Cláusulas que obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor (art. 51, inc. XII, do CDC); 5.7.12. Cláusulas que autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração (art. 51, inc. XIII, do CDC); 5.7.13. Cláusulas que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais (art. 51, inc. XIV, do CDC); 5.7.14. Cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, inc. XV, do CDC); 5.7.15. Cláusulas que possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias (art. 51, inc. XVI, do CDC) – 5.8. Os contratos de fornecimento de crédito na Lei 8.078/1990 (art. 52) e o problema do superendividamento do consumidor. A nulidade absoluta da cláusula de decaimento (art. 53) – 5.9. O tratamento dos contratos de adesão pelo art. 54 do Código de Defesa do Consumidor.

5.1. O CONCEITO CONTEMPORÂNEO OU PÓS-MODERNO DE CONTRATO E O DIREITO DO CONSUMIDOR. OS CONTRATOS COLIGADOS E OS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO

Não há exagero algum em se afirmar que o contrato é o instituto mais importante do Direito Privado, diante de sua enorme interação com o meio social. O mundo se transforma e o contrato, como principal expressão negocial ou mais importante negócio jurídico, transforma-se com ele. Como bem aponta José de Oliveira Ascensão, "O contrato é, sem contestação, o mais importante negócio jurídico. Ao seu lado, os negócios jurídicos unilaterais representam uma faixa estreita".[1] Se há o incremento das relações humanas, também as relações contratuais vão se tornando cada vez mais complexas. O ser humano evolui e se transforma sempre acompanhado pelas manifestações negociais.

Como se extrai de uma das últimas obras de Caio Mário da Silva Pereira, "sobre o contrato atuam diversas forças convergentes, das quais cumpre destacar a presença de duas, que não seriam as únicas, porém as mais convincentes: a *força obrigatória e a influência de fatores determinantes* das injunções sociais".[2] No tocante à influência social, é marcante que o contrato sempre reproduziu – e continua reproduzindo – a realidade fática, temporal e espacial, da sociedade em que está inserido. E, na realidade contemporânea, cumpre destacar que *a grande maioria dos contratos enquadra-se como contratos de consumo*.

A interpretação do contrato de acordo com a realidade social representa uma das manifestações da ideia de *função social do contrato*, conforme exposto no Capítulo 2 deste livro. Ao lado dessa manifestação social principiológica, diante dos anseios da coletividade, surge o fenômeno da *complexidade contratual*. Como três manifestações desse incremento, podem ser citados os fenômenos da *conexão contratual*, da *contratação eletrônica e* dos *contratos cativos de longa duração*. Insta verificar, de antemão, que tais figuras, via de regra, assumem a configuração de contratos de consumo, estando regidos pela Lei 8.078/1990.

A respeito dos primeiros – dos *contratos conexos*, *coligados ou redes contratuais* –, trata-se de outra expressão da realidade social do contrato, proveniente da própria ideia de função social do contrato. Tais negócios estão interligados por um ponto ou nexo de convergência, seja direto ou indireto, presentes, por exemplo, nos negócios de plano de saúde e em negócios imobiliários. O Projeto de Lei 283/2012 pretende defini-los da seguinte forma: "são conexos, coligados ou interdependentes, entre outros, o contrato principal de fornecimento de produtos e serviços e os acessórios de crédito que lhe garantam o financiamento, quando o fornecedor de crédito: I – recorre aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a conclusão ou a preparação do contrato de crédito; II – oferece o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor do produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal foi celebrado; ou III – menciona no contrato de crédito especificamente o produto ou serviço financiado, a constituir uma unidade econômica, em especial quando este lhe serve de garantia". A conceituação é interessante, podendo ser utilizada na atualidade.

No que concerne à *contratação eletrônica*, consigne-se que muitas vezes ela se dá por forma de redes negociais e na maior rede que o ser humano já criou, a rede mundial de computadores, a internet. E não se olvide que, preenchidos os requisitos dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/1990, aplica-se

aos contratos digitais ou eletrônicos o Código de Defesa do Consumidor, conclusão muito comum na esfera jurisprudencial, como outrora apontado. Nesse sentido, a título de exemplo:

> "Mútuo. Contratação eletrônica. Prova. Restituição. Negativa de contratação de empréstimo por meio eletrônico. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade por fato do serviço. Risco do empreendedor. Responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço. Ausência de prova da culpa exclusiva do titular. Ação procedente. Negaram provimento" (TJRS – Apelação Cível 70034623835, São Sebastião do Caí – Décima Nona Câmara Cível – Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior – j. 16.03.2010 – *DJERS* 23.03.2010).

> "Exibição de documentos. Medida cautelar. Contratos e extratos bancários. Interesse de agir. Exibição cabível por serem documentos comuns às partes. Não há custo pela exibição e localização de documentos. Alegação de impossibilidade de exibição, por se tratar de contratação eletrônica. Irrelevância. Direito do consumidor de ter acesso a todas as cláusulas do contrato. Recurso improvido" (TJSP – Apelação 7258867-3 – Acórdão 3372493, São José dos Campos – Décima Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Candido Pedro Alem Júnior – j. 18.11.2008 – *DJESP* 15.12.2008).

A subsunção do CDC não afasta a aplicação do CC/2002, em *diálogo das fontes*, forma correta de se interpretar os contratos eletrônicos ou digitais no plano legislativo. Em relação ao Código Civil, não se pode esquecer a regra do seu art. 425, segundo o qual é lícita a estipulação de contratos atípicos, aqueles sem previsão legal específica, incidindo a teoria geral dos contratos consagrada pela codificação geral privada.

Ato contínuo de estudo, como importante fenômeno da atualidade, os *contratos cativos de longa duração*, na feliz expressão de Claudia Lima Marques, são aqueles negócios que se consolidam de forma continuada no tempo, baseados na estrita confiança depositada pela partes por anos a fio. Vejamos as palavras da jurista a respeito da *nova* categoria:

> "Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (por meio de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos) para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de 'catividade' ou 'dependência' dos clientes, consumidores".[3]

A doutrinadora aponta a existência de outras denominações para o fenômeno, tais como *contratos múltiplos*, *serviços contínuos*, *relações contratuais triangulares* ou *contratos de serviços de longa duração*. Tais negócios são ainda denominados *contratos relacionais*, tema estudado por Ronaldo Porto Macedo Jr., em sua tese de doutorado.[4] Vejamos o conceito desenvolvido pelo autor:

> "Contratos relacionais, numa brevíssima e provisória definição (...), são contratos que se desenvolvem numa relação complexa, na qual elementos não promissórios do contrato, relacionados ao seu contexto, são levados em consideração significativamente frequente e clara. Esta natureza relacional da contratação é particularmente frequente e clara (porém não exclusiva) em contratos que se prolongam no tempo, isto é, em contratos de longa duração. Numa acepção ampla, contudo, todos os contratos são mais ou menos e jamais não relacionais ou descontínuos, como os denomino neste trabalho. O conceito de contrato relacional é, em sua dimensão descritiva, um tipo ideal que se contrapõe ao contrato descontínuo. Este último caracterizado pela pretensão de antecipação completa do futuro no presente, pela impessoalidade, por se constituir como unidade separada (ou descontínua) e por se apoiar na pressuposição de uma barganha instrumental, isto é, nele o acordo de vontades derivado da promessa é seu exclusivo núcleo de fonte obrigacional".[5]

O que se percebe, portanto, é que nos *contratos relacionais* há um verdadeiro *casamento negocial* entre as partes, uma relação de confiança construída e consolidada. A título de exemplo, podem ser citados um contrato entre banco e correntista mantido há muito tempo, cumprido

rigorosamente dentro daquilo que foi pactuado entre as partes; um contrato de seguro de vida celebrado e pago pontualmente pelo segurado há décadas; os contratos de plano de saúde e de previdência privada. Em casos tais, deve-se valorizar a conduta de confiança das partes, a boa-fé objetiva depositada pelos participantes negociais, conforme se depreende do seguinte julgado do STJ, publicado no seu *Informativo n*. 467:

> "Contrato. Seguro. Vida. Interrupção. Renovação. Trata-se, na origem, de ação para cumprimento de obrigação de fazer proposta contra empresa de seguro na qual o recorrente alega que, há mais de 30 anos, vem contratando, continuamente, seguro de vida individual oferecido pela recorrida, mediante renovação automática de apólice de seguro. Em 1999, continuou a manter vínculo com a seguradora; porém, dessa vez, aderindo a uma apólice coletiva vigente a partir do ano 2000, que vinha sendo renovada ano a ano até que, em 2006, a recorrida enviou-lhe uma correspondência informando que não mais teria intenção de renovar o seguro nos termos em que fora contratado. Ofereceu-lhe, em substituição, três alternativas, que o recorrente reputou excessivamente desvantajosas, daí a propositura da ação. A Min. Relatora entendeu que a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que devem orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo. Verificado prejuízo da seguradora e identificada a necessidade de correção da carteira de seguro em razão de novo cálculo atuarial, cabe a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado por anos a fio. Logo, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira devem ser estabelecidos de maneira suave e gradual, por meio de um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser comunicado previamente. Agindo assim, a seguradora permite que o segurado se prepare para novos custos que onerarão, a longo prazo, o seguro de vida e colabore com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada com a simples notificação entregue com alguns meses de antecedência ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer. Daí a Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, conheceu do recurso e a ele deu provimento" (STJ – REsp 1.073.595/MG – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 23.03.2011).

Aliás, na linha do conteúdo desse último e fundamental precedente, na *VI Jornada de Direito Civil*, realizada em 2013, foram aprovados dois enunciados doutrinários importantes para a ideia contemporânea exposta neste tópico. O primeiro deles preceitua que "a recusa de renovação das apólices de seguro de vida pelas seguradoras em razão da idade do segurado é discriminatória e atenta contra a função social do contrato" (Enunciado n. 542). O segundo expressa que "constitui abuso do direito a modificação acentuada das condições do seguro de vida e de saúde pela seguradora quando da renovação do contrato" (Enunciado n. 543).

Pois bem, para o contexto do presente capítulo, é interessante verificar o conceito contemporâneo ou pós-moderno de contrato. Como é notório, o Código Civil brasileiro de 2002, a exemplo do seu antecessor, não tomou o cuidado de definir o contrato como categoria jurídica. Em um primeiro momento, pode-se pensar que agiu bem o novel legislador, pois não cabe a ele, e sim à doutrina, a tarefa de conceituar as categorias jurídicas.[6] Todavia, cumpre assinalar que a atual codificação brasileira está baseada, entre outros, no *princípio da operabilidade*, que tem um dos seus sentidos expressos na simplicidade ou facilitação dos institutos civis.[7] Consigne-se que o Código Civil brasileiro conceitua algumas figuras contratuais típicas, caso da compra e venda (art. 481), mas não chegou a definir o contrato, relegando, mais uma vez, a tarefa à doutrina.

Em uma *visão clássica* ou *moderna*, pois própria da modernidade, tem-se notado a prevalência do conceito do instituto que pode ser extraído do art. 1.321 do Código Civil italiano, ou seja, de que o contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica de caráter patrimonial. Muitos juristas brasileiros seguem essa conceituação, como, por exemplo, Orlando Gomes[8] e Álvaro Villaça Azevedo.[9]

A partir da construção clássica nota-se que o contrato, de início, é espécie do gênero negócio jurídico. Assim, há uma composição de interesses das partes – pelo menos duas – com conteúdo lícito e finalidade específica. Para a compreensão do contrato é fundamental o estudo estrutural do negócio jurídico, mormente os planos da existência, da validade e da eficácia. Serve como norte o art. 104 do Código Civil brasileiro, que aponta os requisitos de validade do negócio jurídico: *a)* agente capaz*; b)* objeto lícito, possível, determinado ou determinável*; c)* forma prescrita ou não defesa em lei.

Cumpre anotar que tal feição clássica do contrato limita o seu conteúdo às questões patrimoniais ou econômicas. Trata-se da *patrimonialidade*, tão cara aos italianos. Conforme comentam Cian e Trabucchi, o requisito da *patrimonialidade* serve para distinguir o contrato de outras figuras negociais, genericamente tidas como convenções, caso dos negócios de direito de família.[10] Nesse contexto de definição, o contrato não pode ter uma feição existencial ou extrapatrimonial. A título de exemplo, pela visão clássica, o contrato não pode ter como conteúdo os direitos da personalidade, mesmo que indiretamente.

Na doutrina mais recente, há interessantes tentativas de ampliação ou remodelagem do conceito de contrato, o que sem dúvida alarga a margem de incidência de conceito, ou seja, a abrangência do mundo contratual. Deve ficar claro que tal visão de maior abrangência serve perfeitamente para a delimitação do que seja o contrato de consumo. Releve-se a construção denominada *pós-moderna* de Paulo Nalin, da Universidade Federal do Paraná. Para o jurista, o contrato constitui "a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros".[11] Deve-se aprofundar as razões de pertinência da construção doutrinária.

De início, constata-se que o contrato está amparado em valores constitucionais. Não há dúvida de que questões que envolvem direitos fundamentais, mormente aqueles com repercussões sociais, refletem na autonomia privada, caso do direito à saúde.[12] No Brasil podem ser encontrados vários julgados que colocam em *sopesamento* a questão da saúde e a manutenção econômica, prevalecendo, muitas vezes, a primeira. Da recente jurisprudência do Tribunal Paulista, pode ser transcrita a seguinte ementa, tutelando amplamente a vida e a saúde:

> "Plano de saúde. Paciente em tratamento de câncer. Cobertura para realização de sessões de radioterapia convencional. Recusa de cobertura para nova espécie de radioterapia prescrita à autora, com a técnica IMRT, porque não incluída ainda no rol de procedimentos divulgados pela ANS. Inadmissibilidade. Não se tratando de procedimento experimental, deve se considerar abrangido pela proteção do contrato em vigor. Recurso desprovido" (TJSP – Agravo de Instrumento 590.949.4/4 – Acórdão 3309012, São Bernardo do Campo – Segunda Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Morato de Andrade – j. 21.10.2008 – *DJESP* 14.11.2008).

Como segundo ponto de defesa da construção de Paulo Nalin, muito pertinente para a concepção dos contratos de consumo, é ela instigante e prática porque conclui que o contrato envolve situações existenciais das partes contratantes. Tem-se relacionado a proteção individual da dignidade humana e dos interesses difusos e coletivos com o princípio da função social do contrato. Nesse sentido, na *I Jornada de Direito Civil*, evento promovido em 2002 pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado doutrinário n. 23, dispondo que "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses

metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana". Em atualização à obra de Orlando Gomes, Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, da Universidade de São Paulo, fazem a mesma correlação, afirmando que "Entendemos que há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à ineficácia superveniente do contrato. Juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência etc.), deve-se arrolar a lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato".[13]

Terceiro e por fim, a construção de Paulo Nalin é interessante, pois traz a dedução de que o contrato pode gerar efeitos perante terceiros. Algumas dessas *externalidades* constam da própria legislação, como é o caso da estipulação em favor de terceiro – comum no seguro de vida – e da promessa de fato de terceiro – por exemplo, a hipótese de um promotor de eventos que é contratado para agenciar uma apresentação de um cantor famoso, que não comparece, causando danos a consumidores. No entanto, além disso, reconhece-se a eficácia externa da função social dos contratos, *a tutela externa do crédito*, com efeitos contratuais atingindo terceiros. O tema já foi exposto no Capítulo 2 da presente obra.

Essa visão ampliada do contrato, flagrante nos contratos de consumo, é uma marca da autonomia privada, princípio que superou a ideia liberal de autonomia da vontade. Parcela considerável da doutrina atual, nacional e estrangeira, propõe a substituição do antigo *princípio da autonomia da vontade* pelo *princípio da autonomia privada*.[14] A autonomia privada pode ser conceituada como um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública –, pelo qual, na formação dos contratos, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito da parte de autorregulamentar os seus interesses, decorrente da sua própria dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais.[15]

A existência dessa substituição é indeclinável, pois, como afirma Fernando Noronha, "foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em *autonomia privada*, de preferência a mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante".[16] De acordo com a *personalização do direito privado* e a *valorização da pessoa* como centro do direito privado, o conceito de autonomia privada é de fato o mais adequado, pois a *autonomia não é da vontade, mas da pessoa*. Ensinam os autores espanhóis Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón que "Conviene en este punto observar que cuando se habla, como es usual entre nosotros, de 'autonomía de la voluntad', no deja de incurrirse en algún equívoco. Porque el sujeto de lª autonomía no es la voluntad, sino la persona con realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo – funcíon de la voluntad – sino estableciendo, disponiendo, gobernando. La voluntad o el querer es un requisito indudable del acto de autonomía (que hay de ser siempre libre y voluntario), pero para ejercitar la autonomía es preciso el despliegue de las demás potencias".[17]

Em reforço, não há dúvida de que a vontade – de *per si* – perdeu o destaque que exercia no passado, relativamente à formação dos contratos e dos negócios jurídicos. Vários são os fatores que entraram em cena para a concretização prática dessa distinta visão. As relações pessoais estão em

suposta *crise*, o que na verdade representa uma importante mudança estrutural nas relações negociais, sendo certo que tal espectro deve ser analisado sob o prisma da concretude do instituto do *contrato* e do que este representa para o meio social. Predominam em larga escala os contratos de adesão, com o conteúdo imposto por uma das partes negociais, tida como mais forte ou *hiperssuficiente*, muitas vezes por ter o domínio das informações. Na grande maioria das vezes, estar-se-á diante de um contrato que é de consumo e de adesão, mesmo não havendo uma confusão absoluta entre as citadas categorias.

Sem dúvida, no mundo contemporâneo, a autonomia privada faz com que o contrato ingresse em outros meios, como é o caso do Direito de Família e do Direito das Coisas, sem falar no domínio natural do Direito do Consumidor. Como afirma Luciano de Camargo Penteado, olhando para o futuro, "todo contrato gera obrigação para, ao menos, um das partes contratantes. Entretanto, nem todo contrato rege-se, apenas, pelo direito das obrigações. Existem contratos de direito de empresa, contratos de direito obrigacional, contratos de direito das coisas, contratos de direito de família. No sistema brasileiro, não existem contratos de direito das sucessões, por conta da vedação do art. 426 do Código Civil, o que significa que, *de lege ferenda*, não se possa introduzir, no direito positivo, a figura, doutrinariamente admitida e utilizada na praxe de alguns países, como é o caso da Alemanha. Interessante proposição teórica seria, em acréscimo, postular a existência de contratos da parte geral, como parece ser o caso do ato que origina a associação, no atual sistema do Código Civil".[18] Amplia-se a seara contratual, por exemplo, com a forte tendência de aproximação dos direitos pessoais e dos direitos reais, *desmontando* aquele antigo *quadro comparativo* exposto nas aulas inaugurais sobre Direito das Coisas.[19]

A título de exemplo dessa aproximação, cai aquela premissa de que os direitos pessoais teriam efeitos *inter partes* e os direitos reais efeitos *erga omnes*. Como antes se demonstrou neste livro, a função social do contrato – em sua eficácia externa – traz a conclusão de que o contrato gera efeitos perante terceiros. A respeito dos efeitos restritos dos direitos reais, a tendência pode ser percebida pela Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual a boa-fé objetiva faz com que a hipoteca tenha seus efeitos limitados aos celebrantes, não em relação a terceiros. Enuncia a citada ementa: "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel". A súmula surgiu dos casos de notória construtora que recebeu os pagamentos, mas não fez os devidos repasses aos agentes financeiros. Foram protegidos os consumidores adquirentes e adimplentes, restringindo-se os efeitos da hipoteca entre tal construtora e o banco. Prestigiou-se a boa-fé objetiva como preceito de ordem pública e a função social do contrato, pela proteção dos consumidores adquirentes de acordo com a ideia de justiça contratual.

Concluindo o tópico, a contemporaneidade demonstra que o futuro é de uma *contratualização de todo o direito*, um *neocontratualismo*, tese defendida há tempos por Norberto Bobbio.[20] Entre os portugueses, Rui Alarcão também demonstra a tendência, ao discorrer sobre a necessidade de *menos leis, melhores leis*.[21] Para o jurista de Coimbra, "se está assistindo a um recuo do 'direito estadual ou estatal', e se fala mesmo em 'direito negociado', embora se deva advertir que aquele recuo a esta negociação comporta perigos, relativamente aos quais importa estar prevenido e encontrar respostas, não avulsas mas institucionais. Como quer que seja, uma coisa se afigura certa: a necessidade de novos modelos de realização do Direito, incluindo modelos alternativos de realização jurisdicional e

onde haverá certamente lugar destacado para paradigmas contratuais e para mecanismos de natureza ou de recorte contratual, que têm, de resto, tradição jurídica-política, precursora de dimensões modernas ou pós-modernas".[22] E arremata, sustentando que tem ganhado força a contratualização sociopolítica, para que exista uma sociedade mais consensual do que autoritária ou conflituosa.[23] Em suma, a construção de contrato serve não só para as partes envolvidas mas também para toda a sociedade.

O contrato rompe suas barreiras iniciais, não tendo limites de incidência. Para tal rompimento, sem dúvidas, contribuem muito os contratos de consumo. Não se pode esquecer que, na grande maioria das vezes e no mundo contemporâneo, vivencia-se a realidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Superada essa visão inaugural, parte-se ao estudo da revisão contratual por fato superveniente no Código de Defesa do Consumidor, assunto dos mais importantes, que serve para a concretização efetiva dos princípios sociais contratuais, caso da boa-fé objetiva e da função social.

5.2. A REVISÃO CONTRATUAL POR FATO SUPERVENIENTE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como apontado no Capítulo 2 desta obra, há uma forte relação entre o princípio da função social do contrato e a manutenção do ponto de equilíbrio do negócio, o que alguns doutrinadores preferem denominar *equivalência material*.[24] Na verdade, trata-se de uma clara incidência da *eficácia interna da função social do contrato*, que veda a onerosidade excessiva e o enriquecimento sem causa. Como bem exposto pelo Professor Álvaro Villaça Azevedo em suas palestras, o contrato não pode gerar uma situação de *massacre* de uma parte sobre a outra, sendo essa uma boa concepção a respeito da função social.[25] Em outras palavras, um contrato que acarreta onerosidade excessiva a uma das partes, especialmente tida como vulnerável, não está cumprindo o seu papel sociológico, necessitando de revisão pelo órgão judicante.

O Código de Defesa do Consumidor disciplina a revisão contratual por fato superveniente (fato novo) no seu art. 6º, inc. V. Constata-se que a norma trata da alteração das circunstâncias iniciais do negócio celebrado, o que não se confunde com as hipóteses em que há um vício de formação no negócio. Enuncia o citado dispositivo legal:

> "Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> (...)
>
> V – a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas."

Existem claras diferenças entre essa revisão contratual e a consagrada pelo Código Civil de 2002. Isso porque a codificação privada exige o fator *imprevisibilidade* para a revisão contratual por fato superveniente, tendo consagrado, segundo o entendimento majoritário, a *teoria da imprevisão*, com origem na antiga cláusula *rebus sic stantibus*.[26] Determina o art. 317 do CC/2002: "Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que

assegure, quanto possível, o valor real da prestação".

Além desse dispositivo, tem-se se sustentado que a revisão contratual do contrato civil igualmente é possível pela subsunção do art. 478 do CC, *in verbis:* "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação". Nessa linha de conclusão está o Enunciado 176 CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, segundo o qual, "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual". Reproduz-se o modelo italiano, eis que o art. 1.467 do *Codic*e, que trata da resolução, também é utilizado para a revisão do negócio diante de um fato superveniente.

Não restam dúvidas de que a revisão contratual tratada pelo Código de Defesa do Consumidor é facilitada justamente por não exigir o *fator imprevisibilidade*, bastando que o desequilíbrio negocial ou a onerosidade excessiva decorra de um fato superveniente, ou seja, um fato novo não existente quando da contratação original. Na realidade civilista, o grande problema é o enquadramento dessa imprevisibilidade, o que tem tornado a revisão judicial do contrato civil praticamente impossível no campo prático.[27]

Sendo assim, pela opção de facilitação, fica claro que *o CDC não adotou a teoria da imprevisão*, ao contrário do que muitas vezes se tem afirmado.[28] Na mesma linha de pensamento, a *não adoção da teoria da imprevisão* pela Lei 8.078/1990 pode ser retirada das lições de juristas como Rizzatto Nunes,[29] Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery,[30] Paulo Roque Khouri,[31] João Batista de Almeida,[32] Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem,[33] o que é compartilhado por este autor. Afirma-se, com a devida precisão teórica, que o Código de Defesa do Consumidor adotou a *teoria da base objetiva do negócio jurídico*, de influência germânica, desenvolvida, entre outros, por Karl Larenz.[34] Nessa linha, vejamos as palavras de Claudia Lima Marques:

> "A norma do art. 6º do CDC avança, em relação ao Código Civil (arts. 478-480 – Da resolução por onerosidade excessiva), ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível – apenas exibe a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre as prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi".[35]

Cumpre destacar que ma jurisprudência dos Tribunais Estaduais podem ser encontradas várias decisões que fazem menção à *teoria da base objetiva* e não à *teoria da* imprevisão (TJBA – Recurso 0012491-64.2009.805.0113-1 – Terceira Turma Recursal – Rel. Juíza Josefa Cristina Tomaz Martins Kunrath – *DJBA* 17.02.2011; TJPE – Apelação Cível 0134498-7, Recife – Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Jones Figueirêdo – j. 24.09.2010 – *DJEPE* 21.10.2010; TJRS – Agravo de Instrumento 70007363195, Santa Vitória do Palmar – Décima Terceira Câmara Cível – Rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa – j. 10.02.2004; TJSC – Apelação Cível 2003.010228-0, Blumenau – Primeira Câmara de Direito Comercial – Rel. Juiz Túlio José Moura Pinheiro – j. 09.10.2003).

Na prática, os principais acórdãos relativos à revisão contratual por fato superveniente no Brasil

referem-se aos negócios de arrendamento mercantil (*leasing*) celebrados na década de noventa para a aquisição de veículos. Tais contratos tinham a atualização de valores atrelados à variação cambial, o que servia como um suposto atrativo aos consumidores. Com a alta do dólar frente ao real em janeiro de 1999, os contratos ficaram excessivamente onerosos aos consumidores, o que motivou um enxame de ações judiciais de revisão. Após uma grande variação na forma de decidir, o Superior Tribunal de Justiça chegou a concluir pela revisão, adotando a teoria da imprevisão:

> "Recurso especial. *Leasing*. Contrato de arrendamento mercantil expresso em dólar americano. Variação cambial. CDC. Teoria da imprevisão. Aplicabilidade. Alegação de ofensa aos arts. 115 e 145 do Código Civil. Ausência de prequestionamento (Súmulas 282/STF e 211/STJ). Dissenso jurisprudencial não caracterizado. Acórdão local em consonância com recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. I. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de arrendamento mercantil. II. A abrupta e forte desvalorização do real frente ao dólar americano constitui evento objetivo e inesperado apto a ensejar a revisão de cláusula contratual, de modo a evitar o enriquecimento sem causa de um contratante em detrimento do outro (art. 6º, V, do CDC). III. Agravo regimental desprovido" (STJ – Ag. Rg. 430.393/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – *DJ* 05.08.2002, p. 339. Veja: STJ, REsp 293.864/SE, REsp 361.694/RS e REsp 331.082/SC).

O julgado chega ao destino final da revisão adotando dois equívocos. O primeiro é a consubstanciado na afirmação de que o CDC consagrou a teoria da imprevisão. O segundo está relacionado à dedução de que a alta do dólar seria um fator imprevisível. A conclusão final é correta, apesar de se percorrer um caminho errado, de linhas tortas. Na verdade, os entendimentos precisos daquela Corte Superior são aqueles no sentido de dispensar a imprevisibilidade para a revisão contratual, bastando o desequilíbrio negocial em virtude de um fato novo. Por todas as decisões, transcreve-se a seguinte, um dos principais precedentes do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria:

> "Processual civil e civil. Revisão de contrato de arrendamento mercantil (*leasing*). Recurso especial. Nulidade de cláusula por ofensa ao direito de informação do consumidor. Fundamento inatacado. Indexação em moeda estrangeira (dólar). Crise cambial de janeiro de 1999 – Plano Real. Aplicabilidade do art. 6º, inc. V, do CDC. Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. Recurso especial. Reexame de provas. Interpretação de cláusula contratual. Inadmitida a alegação de inaplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), e não impugnado especificamente, nas razões do recurso especial, o fundamento do v. acórdão recorrido, suficiente para manter a sua conclusão, de nulidade da cláusula que prevê a cobrança de taxa de juros por ofensa ao direito de informação do consumidor, nos termos do inc. XV do art. 51 do referido diploma legal, impõe-se o juízo negativo de admissibilidade do recurso especial quanto ao ponto. O preceito esculpido no inc. V do art. 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano. É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (arts. 6°, III, 31, 51, XV, 52, 54, § 3º, do CDC). Incumbe à arrendadora desincumbir-se do ônus da prova de captação específica de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (art. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6° da Lei 8.880/1994. Simples interpretação de cláusula contratual e reexame de prova não ensejam recurso especial" (STJ – Ag. Rg. no REsp 374.351/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – *DJ* 24.06.2002, p. 299).

As ementas na linha exposta se sucederam no STJ, afastando-se da teoria da imprevisão (STJ – REsp 596.934/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 14.06.2004 – *DJ* 01.07.2004, p. 193; STJ – AgRg no REsp 677.708/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 20.09.2005 – *DJ* 28.11.2005, p. 280; STJ – AgRg no REsp 586.314/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Barros Monteiro – j. 20.10.2005 – *DJ* 19.12.2005, p. 416; STJ – AgRg no REsp 437.317/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador Convocado do TJBA) – j. 24.03.2009 – *DJe* 15.04.2009; e STJ – AgRg no REsp 976.578/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 06.08.2009 – *DJe* 19.08.2009). Curioso verificar que o Superior Tribunal de Justiça, nos acórdãos citados, tem dividido a onerosidade excessiva de forma igualitária entre as partes – empresas de *leasing* e consumidores –, tratando-as como iguais. Em outras palavras, o dólar é fixado em um patamar médio. Nessa linha, cumpre transcrever ainda a seguinte ementa:

> "Direito do consumidor. *Leasing*. Contrato com cláusula de correção atrelada à variação do dólar americano. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Revisão da cláusula que prevê a variação cambial. Onerosidade excessiva. Distribuição dos ônus da valorização cambial entre arrendantes e arrendatários. Recurso parcialmente acolhido. I. Segundo assentou a jurisprudência das Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte, os contratos de *leasing* submetem-se ao Código de Defesa do Consumidor. II. A cláusula que atrela a correção das prestações à variação cambial não pode ser considerada nula *a priori*, uma vez que a legislação específica permite que, nos casos em que a captação dos recursos da operação se dê no exterior, seja avençado o repasse dessa variação ao tomador do financiamento. III. Consoante o art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, sobrevindo, na execução do contrato, onerosidade excessiva para uma das partes, é possível a revisão da cláusula que gera o desajuste, a fim de recompor o equilíbrio da equação contratual. IV. No caso dos contratos de *leasing* atrelados à variação cambial, os arrendatários, pela própria conveniência e a despeito do risco inerente, escolheram a forma contratual que no momento da realização do negócio lhes garantia prestações mais baixas, posto que o custo financeiro dos empréstimos em dólar era bem menor do que os custos em reais. A súbita alteração na política cambial, condensada na maxidesvalorização do real, ocorrida em janeiro de 1999, entretanto, criou a circunstância da onerosidade excessiva, a justificar a revisão judicial da cláusula que a instituiu. V. Contendo o contrato opção entre outro indexador e a variação cambial e tendo sido consignado que os recursos a serem utilizados tinham sido captados no exterior, gerando para a arrendante a obrigação de pagamento em dólar, enseja-se a revisão da cláusula de variação cambial com base no art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, para permitir a distribuição, entre arrendantes e arrendatários, dos ônus da modificação súbita da política cambial com a significativa valorização do dólar americano" (STJ – REsp 437.660/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 08.04.2003 – *DJ* 05.05.2003, p. 306, *RDDP*, vol. 6, p. 111, *RSTJ*, vol. 168, p. 412).

A encerrar o estudo do tema, esclareça-se que o presente autor não se filia a tais julgamentos, pois consumidores e prestadoras não estão em situação de igualdade para que o prejuízo seja distribuído de forma igualitária entre eles. Aplica-se a proporcionalidade, fundada em meros critérios objetivos, matemáticos. Porém, afasta-se da razoabilidade, baseada em critérios subjetivos, no bom-senso e na equidade do julgador. Em reforço, há violação da especialidade, decorrência da máxima da isonomia, retirada do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Como se sabe, pelo *preceito máximo de justiça*, deve-se tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Os julgados demonstram como a incidência da *pura proporcionalidade*, desacompanhada da *lógica do razoável*, pode gerar decisões injustas.

5.3. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A NÃO VINCULAÇÃO DAS CLÁUSULAS DESCONHECIDAS E INCOMPREENSÍVEIS (ART. 46 DO CDC). A INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR (ART. 47 DO CDC)

Não há dúvidas de que a função social dos contratos constitui uma festejada mudança que

revolucionou o Direito Contratual Brasileiro, trazendo uma nova concepção do instituto, de acordo com todas as tendências socializantes do Direito. As mudanças trazidas pelo novo princípio são inafastáveis e indeclináveis, o que também atinge os contratos de consumo, como não poderia ser diferente.

Repise-se que, pelo princípio da função social do contrato, deve-se interpretar e visualizar o contrato de acordo com o meio que o cerca. O contrato não pode ser mais concebido como uma *bolha* que envolve as partes, ou uma *corrente* que as aprisiona. Trazendo um sentido de *libertação negocial*, a função social dos contratos funciona como uma *agulha*, forte e contundente, que fura a bolha; como uma *chave* que abre as correntes. Em sentido próximo, ensina Teresa Negreiros que "partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas".[36]

Alguns dos comandos relativos à proteção contratual do Código Consumerista trazem essa ideia em moldes perfeitos, mitigando a força obrigatória da convenção, a antiga premissa liberal segundo o qual o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda)*. Não se pode aceitar o contrato da maneira como antes era consagrado; a sociedade mudou, vivemos sob o domínio do capital, e com isso deve mudar a maneira de ver e analisar os pactos, sobretudo os contratos de consumo.

De início, o regramento em questão pode ser abstraído do art. 46 da Lei 8.078/1990, segundo o qual "Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance".

A norma está a prever a não vinculação de determinadas cláusulas, que são consideradas como não escritas ou inexistentes. Em um primeiro momento, resta claro que a opção do legislador foi de tratar do *plano da existência do negócio jurídico*, pois o comando, por si só, não estabelece a solução da invalidade. Todavia, pode-se interpretar pela nulidade das cláusulas de infringência ao preceito, conjugando-se o art. 46 com o art. 51, inc. XV, da Lei 8.078/1990, que consagra como abusiva qualquer cláusula que esteja em desacordo com o sistema de proteção do consumidor. Essa parece ser a melhor solução, pelos problemas que a inexistência pode gerar, já que a *teoria da inexistência do negócio jurídico* não foi adotada expressamente pelo sistema civil brasileiro. Tal caminho, pela nulidade absoluta, por vezes é seguido pela jurisprudência nacional (nessa linha: TJMG – Apelação Cível 0770829-75.2008.8.13.0024, Belo Horizonte – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza – j. 03.03.2011 – *DJEMG* 08.04.2011).

Pois bem, aprofundando-se na análise do art. 46 do CDC, para começar, são consideradas como não vinculativas as *cláusulas desconhecidas*, ou que o consumidor não teve a oportunidade de conhecer, havendo a chamada violação do *dever de oportunizar*.[37] A origem da previsão está na vedação da chamada *condição puramente potestativa*, aquela que representa a vontade ou o puro arbítrio de apenas uma das partes, considerada ilícita pelo art. 122 do CC/2002.

Ilustrando a incidência dessa primeira parte do art. 46 do CDC, o consumidor deve ter o devido conhecimento prévio a respeito da taxa de juros estipulada no contrato bancário ou financeiro, sob pena de sua não incidência (com grande repetição no Tribunal Paulista e mesmo relator, por todos: TJSP – Apelação 9216881-08.2006.8.26.0000 – Acórdão 5042241, São Paulo – Vigésima Terceira

Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Sérgio Shimura – j. 30.03.2011 – *DJESP* 14.04.2011; TJSP – Apelação 9182798-29.2007.8.26.0000 – Acórdão 5042265, São Paulo – Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Sérgio Shimura – j. 30.03.2011 – *DJESP* 14.04.2011). Na verdade, o que ocorre muitas vezes na prática com os negócios bancários é que o consumidor sequer tem o devido conhecimento do conteúdo do contrato mantido com a instituição financeira, pois não lhe é dada a devida oportunidade para tanto.

Ato contínuo de ilustração, no caso de um contrato de seguro de vida, a cláusula limitativa de direitos deve ser comunicada previamente e em termos claros e ostensivos, sob pena de sua não vinculação. Nessa linha, do Tribunal Paulista:

> "Seguro de vida e acidentes pessoais. Ação de cobrança de indenização. Cláusula com exclusão de cobertura em caso de separação judicial ou divórcio do casal. Morte. Separação judicial anterior. Desconhecimento prévio de cláusula limitativa. CDC, art. 46. Boa-fé e dever de informação (CDC, art. 30). Indenização devida. Recurso provido. É devida a indenização pelo falecimento do ex-cônjuge do segurado, ainda que o sinistro tenha ocorrido após a separação judicial do casal, se o segurado não tinha ciência de cláusula limitativa da cobertura. Nos contratos de consumo, eventual limitação de direito do segurado deve constar de forma clara e com destaque e, obviamente, ser entregue ao consumidor no ato da contratação, sob pena de não obrigar o contratante (CDC, art. 46). Cabe à seguradora demonstrar prévia disponibilização ao segurado da apólice e das condições gerais do seguro, nos termos do art. 6º, VIII do CDC" (TJSP – Apelação 9082668-60.2009.8.26.0000 – Acórdão 5010702, Araras – Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Clóvis Castelo – j. 21.03.2011 – *DJESP* 31.03.2011).

Pelo mesmo caminho, do STJ, tratando de caso relativo à exclusão da garantia do seguro em caso de embriaguez do motorista:

> "Recurso especial. Indenização decorrente de seguro de vida. Acidente automobilístico. Embriaguez. Cláusula limitativa de cobertura da qual não foi dado o perfeito conhecimento ao segurado. Abusividade. Infringência ao art. 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial provido. 1. Por se tratar de relação de consumo, a eventual limitação de direito do segurado deve constar, de forma clara e com destaque, nos moldes do art. 54, § 4º do CODECON e, obviamente, ser entregue ao consumidor no ato da contratação, não sendo admitida a entrega posterior. 2. No caso concreto, surge incontroverso que o documento que integra o contrato de seguro de vida não foi apresentado por ocasião da contratação, além do que a cláusula restritiva constou tão somente do 'manual do segurado', enviado após a assinatura da proposta. Portanto, configurada a violação ao art. 54, § 4º do CDC. 3. Nos termos do art. 46 do Código de Defesa do Consumidor: 'Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance'. 4. Deve ser afastada a multa aplicada com apoio no art. 538, parágrafo único do CPC, pois não são protelatórios os embargos de declaração opostos com fins de prequestionamento. 5. Recurso especial provido" (STJ – REsp 1.219.406/MG – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 15.02.2011 – *DJE* 18.02.2011).

Ato contínuo de estudo, do mesmo modo não vinculam o consumidor as cláusulas incompreensíveis ou ininteligíveis, geralmente diante de um sério problema de redação, que visa a enganar o consumidor. A não vinculação decorre de um *dolo contratual* praticado pelo fornecedor ou prestador, via de regra com o claro intuito de induzir o consumidor a erro e obter um enriquecimento sem causa. A título de exemplo, muitas vezes verifica-se em contratos de seguro cláusulas mal escritas ou mal elaboradas, de difícil entendimento até pelo mais experiente aplicador do Direito, por utilizar expressões técnicas da área jurídica ou de gerenciamento de riscos. Em casos tais, tem-se entendido que, se o conjunto probatório da demanda evidenciar a inexatidão das informações apresentadas, no ato da contratação, pois a proposta não traz informação precisa e clara a respeito das limitações de cobertura, há violação do art. 46 do CDC (TJSP – Apelação 0001976-

43.2005.8.26.0624 – Acórdão 4980354, Tatuí – Nona Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Grava Brasil – j. 01.03.2011 – *DJESP* 23.03.2011).

As cláusulas contratuais devem ser elaboradas para a devida compreensão pelo *brasileiro médio* (pessoa natural comum). Assim sendo, diante da realidade cultural brasileira, os termos devem ser simples, sem grandes desafios em sua leitura e compreensão, sob pela de sua não vinculação ou a cabível solução de nulidade absoluta, conforme outrora se expôs. A concretizar tal importante premissa socializante, o Tribunal de Minas Gerais deduziu que "Aplica-se o art. 46 do Código de Defesa do Consumidor para afastar, em contrato de seguro, cláusula de exclusão de indenização por defeito de instalação elétrica que tenha provocado sinistro, por se tratar de disposição capciosa, que dificulta a compreensão do seu sentido e alcance. A queima da central eletrônica de controle do sistema injetor de combustível (módulo) é um defeito, uma avaria em peça do veículo. O curto circuito até pode ser causa de um incêndio, mas se os seus efeitos ficarem limitados à peça não se pode falar na ocorrência de um incêndio. (...)" (TJMG – Apelação Cível 1.0525.08.133576-8/0011, Pouso Alegre – Décima Terceira Câmara Cível – Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata – j. 16.04.2009 – *DJEMG* 11.05.2009).

Existe no art. 46 do CDC um *ponto de simbiose* entre o princípio da boa-fé objetiva e a função social do contrato, a mitigar a força obrigatória da convenção. Isso porque o desrespeito ao dever de informar com clareza gera como consequência a interpretação do pacto de acordo com a realidade social, afastando aquilo que aparentemente foi convencionado entre as partes. Em outras palavras, *o concreto e o efetivo prevalecem sobre o meramente formal*, tendência do Direito Civil Contemporâneo.

Superada a análise desse importante comando, o art. 47 da Lei 8.078/1990 consagra a máxima *in dubio pro* consumidor, ao preconizar que "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". Aqui, o princípio da função social do contrato, em sua eficácia interna, é flagrante pela preocupação em se proteger o consumidor como parte vulnerável da relação negocial, o que repercute na hermenêutica do negócio jurídico. Nesse sentido, mencionando a interação entre a regra e o princípio, da recente jurisprudência paulista:

> "Plano de saúde. Obrigação de fazer. Negativa de atendimento quanto à realização do tratamento denominado 'oxigenoterapia em câmara hiperbárica', sob alegação de se tratar de tratamento sem aprovação da ANS e estar excluído do contrato. Abusividade. Tratamento aprovado pela comunidade médica. Parte integrante do tratamento demandado pelo autor. Incidência do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/1998. Presente o princípio da vulnerabilidade emergente do Código de Defesa do Consumidor. O contrato de consumo, como o de seguro individual de saúde, típicos de adesão, devem ser interpretados de modo favorável ao aderente (CDC, art. 47) atendendo à função social do contrato. Reconhecida a abusividade na exclusão do tratamento. Mantida a sentença de procedência. Recurso improvido" (TJSP – Apelação 0003799-67.2009.8.26.0024 – Acórdão 4992907, Andradina – Quinta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. James Siano – j. 02.03.2011 – *DJESP* 20.04.2011).

Atente-se ao fato de ter o Código Civil de 2002 adotado a mesma premissa para o contrato de adesão, dispondo o seu art. 423 que "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente". Consubstancia a norma a regra *in dubio pro aderente*, interpretando-se o negócio jurídico em desfavor do seu estipulante (*interpretatio contra stipulatorem*). Como bem aponta Ezequiel Morais, a tendência mundial, seja nos países que seguem o modelo romano-germânico ou naqueles do tronco anglo-saxão, é justamente

a de interpretar os contratos em desfavor da parte que tem o poder de impor o seu conteúdo. Cita o doutrinador, por oportuno, que a mesma premissa hermenêutica pode ser encontrada no Código Italiano de Consumo (art. 35), no Código de Consumo Francês (art. L 133.2) e no Código Argentino de Direito do Consumidor (art. 3º).[38]

Pois bem, na realidade jurídica brasileira, pela teoria do *diálogo das fontes*, sendo o contrato de consumo e de adesão ao mesmo tempo, subsumem-se os dois preceitos, conforme reconhecido pelos acórdãos a seguir:

> "Ação de indenização. Danos morais e materiais. Contrato de seguro. Pedido de transporte aéreo negado. Cobertura de acidente pessoal. Cláusulas contraditórias. Interpretação mais favorável ao consumidor-aderente. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Art. 47 do CDC e art. 423 do CC. Dano material devido. Juros de mora, a partir da citação. Correção monetária, desde o efetivo desembolso. Dano moral. Não configurado. Sentença parcialmente reformada. A interpretação dada às cláusulas de um contrato de adesão, em caso de dúvida, deve ocorrer de forma mais favorável ao consumidor-aderente, parte mais fraca da relação, tentando-se extrair delas a maior utilidade possível, à luz da norma prevista no art. 47 do CDC e no art. 423 do CC. O contrato de seguro não pode ficar adstrito ao pagamento de uma indenização, mas também, e primordialmente, em prestar uma garantia e segurança ao segurado. O termo *a quo* dos juros de mora e da correção monetária no valor do dano material deve ocorrer, respectivamente, a partir da citação e do efetivo desembolso. A situação apresentada nos autos cinge-se a um mero dissabor, aborrecimento, não sendo capaz de causar um desequilíbrio psicológico do segurado, razão pela qual não há que se falar no instituto do dano moral" (TJMG – Apelação Cível 1.0024.07.463173-0/0011, Belo Horizonte – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Nicolau Masselli – j. 15.04.2009 – *DJEMG* 29.05.2009).
>
> "Apelação cível. Título de capitalização. Resgate antecipado. Cláusulas ambíguas. I. Quando ocorre o resgate antecipado de título de capitalização, devem ser atendidas as disposições contratuais no sentido da aplicação de redutor previsto no contrato, quando este se mostrar razoável e não atentar contra os princípios insculpidos no Código Consumerista e no Código Civil. II. Constando do contrato cláusulas ambíguas ou contraditórias, estas devem ser interpretadas da forma mais favorável ao aderente, nos termos do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor e art. 423 do CC. III. Sendo atendido em parte, embora mínima, o pedido do autor, verificada está a parcial procedência da ação, permanecendo a condenação do demandante ao pagamento da totalidade das custas e honorários advocatícios à parte contrária, em face da sucumbência mínima desta. Apelo parcialmente provido" (TJRS – Apelação Cível 70006779292, Porto Alegre – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Ney Wiedemann Neto – j. 30.06.2004).

De toda sorte, como se verá mais à frente, o contrato de adesão não necessariamente é um contrato de consumo, hipótese em que terá incidência apenas o comando da codificação geral privada. Por outra via, o que é mais raro, nem sempre o contrato de consumo é de adesão, aplicando-se apenas o CDC em hipóteses tais. Esse ponto de divergência entre os dois preceitos deve ser observado, em relação às suas abrangências.

Voltando-se ao art. 47 do CDC, imagine-se a contratação de um serviço de conserto de um encanamento, em que o contrato traz expressamente dois preços, um fixo e um de acordo com a extensão do trabalho do encanador. Diante da presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor, valerá a menor remuneração, o que não comporta qualquer debate ou discussão para afastar a premissa. Em outro caso prático interessante, a jurisprudência paulista interpretou um compromisso de compra e venda da maneira mais favorável ao compromissário comprador, a afastar o pagamento de valor residual calculado de forma unilateral pelo promitente vendedor, pela não possibilidade de o prestador surpreender o consumidor com algo não esperado (*vedação da surpresa*). Vejamos a ementa da decisão:

> "Ação de adjudicação compulsória. Promitente comprador pretende adjudicação de imóvel após pagamento de número de prestações previsto contratualmente. Promitente vendedor opõe resíduo de preço. Prestações calculadas pelo próprio promitente

vendedor. Recibos apontavam número da prestação e total de prestações por pagar. Comportamento do promitente vendedor alimentou justa expectativa do promitente comprador de que quitação adviria do pagamento do número de prestações. Dever de lealdade e não surpresa, derivados do princípio da boa-fé (art. 4º, inc. III do CDC). Contrato interpretado mais favoravelmente ao promitente comprador (art. 47 do CDC). Precedentes do TJSP. Adjudicação cabível. Recurso improvido" (TJSP – Apelação 9214340-36.2005.8.26.0000 – Acórdão 5049061, Poá – Sétima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Luiz Antonio Costa – j. 06.04.2011 – *DJESP* 18.04.2011).

Nos contratos de plano de saúde, como outrora já se demonstrou, vários são os julgados que aplicam a premissa *in dubio pro consumidor* para abranger coberturas negadas injustificadamente pelas prestadoras de serviço. Um dos temas de maior discussão prática refere-se à cobertura relativa ao *stent*, aparelho utilizado após as cirurgias do coração para garantir o seu pleno funcionamento, visando afastar o entupimento de suas veias. Por todos os acórdãos, vejamos duas ementas, com menções expressas ao art. 47 do CDC e conteúdo impecável:

"Apelação. Incidência do CDC. Prótese necessária à cirurgia de angioplastia. Ilegalidade da exclusão de *stents* da cobertura securitária. Cláusula obscura. As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicadas nas relações contratuais mantidas junto a operadoras de planos de saúde. De acordo com o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor as cláusulas redigidas de forma a dificultar o entendimento do consumidor devem ser interpretadas da maneira mais favorável a este. O *stent* não tem função de substituir total ou parcialmente quaisquer órgãos, servindo apenas de reforço ao órgão afetado que exija cirurgia, não podendo, portanto, ser caracterizado como uma prótese" (TJMG – Apelação Cível 2949590-11.2009.8.13.0105, Governador Valadares – Décima Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Tibúrcio Marques – j. 14.01.2011 – *DJEMG* 02.02.2011).

"Plano de saúde. Implantação de *stent*. Alegação da seguradora de que se trata de uma prótese, devendo incidir a exclusão existente no contrato efetivado pelas partes [art. 8º]. Inadmissibilidade. Exclusão que contraria a função social do contrato [art. 421 do CC], retirando do paciente a possibilidade de sobrevida com dignidade. Inexistência de comprovação pela seguradora de que ofertou condições acessíveis para que o autor migrasse ao novo plano [sem restrições de qualquer espécie], adaptado aos termos da Lei 9.656/1998. Intervenção do Judiciário para decidir em favor do consumidor idoso [art. 47, da Lei 8.078/1990], obrigando a AMIL a reembolsar os custos do procedimento, sem cabimento, contudo, de danos morais na espécie. Não provimento dos recursos" (TJSP – Apelação 990.10.208879-0 – Acórdão 4590510, São Paulo – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – j. 24.06.2010 – *DJESP* 22.07.2010).

Não se pode negar que, presente tal negativa ao STENT, deve o segurado ser indenizado pelos danos morais sofridos, diante da clara lesão ao direito fundamental à saúde. Por bem, tal solução vem sendo adotada pela jurisprudência superior, em importante conclusão sociológica (por todos: STJ – AgRg no REsp 1.235.440/RS – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Quarta Turma – j. 05.09.2013 – *DJe* 16.09.2013; AgRg no AREsp 102.550/PE – Rel. Min. Maria Isabel Gallotti – Quarta Turma – j. 06.08.2013 – *DJe* 16.08.2013 e REsp 1.364.775/MG – Rel. Min. Nancy Andrighi – Terceira Turma – j. 20.06.2013 – *DJe* 28.06.2013).

Seguindo nas ilustrações, ainda do Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de justa decisão, conclui se pela presença de cobertura relativa ao marca-passo em instrumento com cláusula demasiadamente ampla, aplicando-se a justiça esperada:

"Agravo regimental. Seguro. Plano de saúde. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Fornecimento de marca-passo. Cláusula ampla. Interpretação favorável ao consumidor. Art. 47 do CDC. Fundamento inatacado. Súmula STF/283. I. Tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o Órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu propósito de infringência do julgado. II. Examinando o contrato firmado entre as partes concluiu o Colegiado estadual que o fornecimento de marcapasso não estaria excluído de cobertura. Isso porque, tratando-se de cláusula demasiadamente ampla, inserida em contrato de adesão, sua interpretação deveria ser feita da maneira mais favorável ao consumidor, em consonância com o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor. III. Esse

fundamento, suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado, não foi impugnado nas razões do especial, atraindo, à hipótese, a aplicação da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. Agravo improvido" (STJ – AgRg-Ag 1.002.040/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 19.06.2008 – *DJE* 01.07.2008).

Na mesma esteira, deduz o Tribunal da Cidadania que é abusiva a negativa do plano de saúde em cobrir as despesas de intervenção cirúrgica de gastroplastia, necessária à garantia da sobrevivência do segurado acometido por obesidade mórbida. Conforme pode ser retirado de aresto publicado no seu *Informativo* n. *510*, "a gastroplastia, indicada para o tratamento da obesidade mórbida, bem como de outras doenças dela derivadas, constitui cirurgia essencial à preservação da vida e da saúde do paciente segurado, não se confundindo com simples tratamento para emagrecimento. Os contratos de seguro-saúde são contratos de consumo submetidos a cláusulas contratuais gerais, ocorrendo a sua aceitação por simples adesão pelo segurado. Nesses contratos, as cláusulas seguem as regras de interpretação dos negócios jurídicos estandardizados, ou seja, existindo cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve ser aplicada a interpretação mais favorável ao aderente, conforme o art. 47 do CDC. Assim, a cláusula contratual de exclusão da cobertura securitária para casos de tratamento estético de emagrecimento prevista no contrato de seguro-saúde não abrange a cirurgia para tratamento de obesidade mórbida. Precedentes citados: REsp 1.175.616/MT, *DJe* 4/3/2011; AgRg no AREsp 52.420/MG, *DJe* 12/12/2011; REsp 311.509/SP, *DJ* 25/6/2001, e REsp 735.750/SP, *DJe* 16/2/2012" (STJ – REsp 1.249.701/SC – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 04.12.2012).

Em sentido próximo, do mesmo Tribunal Superior, presentes divergências entre os documentos entregues ao segurado, entendeu-se pela prevalência da cobertura do seguro por invalidez em valor superior, por ser a interpretação mais benéfica ao segurado-consumidor. Na espécie, aplicou-se ainda o art. 46 do CDC, por último estudado, em interação efetiva com o art. 47 da mesma norma:

"Direito do consumidor. Contrato de seguro. Invalidez permanente. Valor da indenização. Divergência entre os documentos entregues ao segurado. Prevalência do entregue quando da contratação. Cláusula limitativa da cobertura. Não incidência. Arts. 46 e 47 da Lei 8.078/1990. Doutrina. Precedente. Recurso provido. I. Havendo divergência no valor indenizatório a ser pago entre os documentos emitidos pela seguradora, deve prevalecer aquele entregue ao consumidor quando da contratação ('certificado individual'), e não o enviado posteriormente, em que consta cláusula restritiva (condições gerais). II. Nas relações de consumo, o consumidor só se vincula às disposições contratuais em que, previamente, lhe é dada a oportunidade de prévio conhecimento, nos termos do art. 46 do Código de Defesa do Consumidor. III. As informações prestadas ao consumidor devem ser claras e precisas, de modo a possibilitar a liberdade de escolha na contratação de produtos e serviços. Ademais, na linha do art. 54, § 4º da Lei 8.078/1990, devem ser redigidas em destaque as cláusulas que importem em exclusão ou restrição de direitos" (STJ – REsp 485760/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 17.06.2003 – *DJU* 01.03.2004, p. 186).

Merece destaque, igualmente, o julgamento superior que interpretou extensivamente cláusula do contrato de plano de saúde, a fim de incluir filho da segurada dependente, abarcando também a tutela da família constante do art. 226 da Constituição Federal. Nos termos da publicação constante do *Informativo* n. *520* do STJ, "no caso em que o contrato de seguro de saúde preveja automática cobertura para determinadas lesões que acometam o filho de 'segurada' nascido durante a vigência do pacto, deve ser garantida a referida cobertura, não apenas ao filho da 'segurada titular', mas também ao filho de 'segurada dependente'. Tratando-se, nessa hipótese, de relação de consumo instrumentalizada por contrato de adesão, as cláusulas contratuais, redigidas pela própria seguradora, devem ser interpretadas da forma mais favorável à outra parte, que figura como consumidora aderente, de acordo com o que dispõe o art. 47 do CDC. Assim, deve-se entender que a expressão 'segurada' abrange também a 'segurada dependente', não se restringindo à 'segurada titular'. Com

efeito, caso a seguradora pretendesse restringir o campo de abrangência da cláusula contratual, haveria de especificar ser esta aplicável apenas à titular do seguro contratado" (STJ – REsp 1.133.338/SP – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 02.04.2013).

A encerrar o presente tópico, consigne-se a existência de milhares de decisões jurisprudenciais de aplicação do art. 47 do CDC que, em prol da função social do contrato, têm consagrado uma nova visualização do contrato, da maneira a beneficiar com justiça a parte vulnerável da relação negocial. Do mesmo modo, o princípio da boa-fé objetiva também tem realizado *milagres* no mundo contratual, como se pode perceber do próximo tópico do presente capítulo.

5.4. A FORÇA VINCULATIVA DOS ESCRITOS E A BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE CONSUMO (ART. 48 DA LEI 8.078/1990). A APLICAÇÃO DOS CONCEITOS PARCELARES DA BOA-FÉ OBJETIVA

Além do princípio da função social do contrato, como antes se expôs nesta obra de forma exaustiva, a boa-fé objetiva constitui outro pilar fundamental do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Sem prejuízo do art. 4º, inc. III, da Lei 8.078/1990, merece destaque, no capítulo referente à proteção contratual, o art. 48 do CDC, *in verbis:*

> "Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos".

Pelo teor do preceito, fica evidenciada a *função de integração* da boa-fé objetiva em todas as fases contratuais: fase pré-contratual, fase contratual e fase pós-contratual. Nessa linha, não se olvida o teor do Enunciado 26, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual "a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes". Ora, se a premissa civil foi inspirada pelo Código Consumerista, a conclusão deve ser necessariamente a mesma para os contratos de consumo.

A respeito da abrangência das fases contratuais, na mesma I *Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado 25, estabelecendo que "o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual". Ato contínuo, da *III Jornada de Direito Civil*, o Enunciado 170 CJF/STJ, *in verbis*: "A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato". Como se pode perceber, há uma diferença sutil entre os enunciados doutrinários, eis que o primeiro é dirigido ao juiz, enquanto o último é direcionado às partes. As menções constantes do art. 48 do CDC a qualquer escrito, pré-contrato ou recibo deixa clara a total abrangência do regramento, visando interpretar o negócio de acordo com a lealdade e a confiança depositada.

A força vinculativa da boa-fé é marcante, uma vez que não sendo respeitado o que se espera do negócio celebrado, caberão as medidas de tutela específica tratadas pelo art. 84 do CDC, inclusive com a possibilidade de fixação de multa diária ou *astreintes*. No que concerne à proposta de contratar, há claro diálogo com o art. 427 do CC/2002, segundo o qual a proposta formalizada

vincula o proponente, se contiver os elementos fundamentais do negócio a ser celebrado. Como bem pondera Nelson Nery Jr. a respeito do art. 48 do CDC, "O juiz poderá determinar qualquer providência que o caso mereça, a fim de que seja assegurado o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação de fazer. Não quer o Código a resolução em perdas e danos. Tais providências judiciais podem ser de vária ordem, tais como a busca e apreensão, desfazimento de obra, remoção de pessoas e coisas, impedimentos de atividade nociva, além de requisição de força policial".[39]

Na esteira das palavras do jurista, consagra-se o princípio da conservação dos negócios jurídicos, sendo a solução de extinção do contrato a *ultima ratio*, o último caminho a ser percorrido. Não se pode esquecer do ponto de ligação entre tal princípio de manutenção e a função social do contrato, conforme reconhecido pelo Enunciado 22, da *I Jornada de Direito Civil*: "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas". Mais uma vez, notam-se os princípios da função social e da boa-fé em interessante *interação simbiótica*, como se espera.

Deve ficar claro, todavia, que a incidência da força vinculativa dos instrumentos não afasta o direito à indenização dos danos a que o consumidor tem direito, decorrência natural do festejado princípio da reparação integral dos danos (art. 6º, inc. V, da Lei 8.078/1990). Algumas das decisões a seguir expostas deixam clara tal constatação.

Partindo-se para os exemplos jurisprudenciais de incidência da norma em comento, interessante julgado do Tribunal de São Paulo fez incidir a força vinculativa do art. 48 do CDC para reconhecer o direito à internação de segurado de seguro-saúde internacional, sem prejuízo da responsabilidade civil de todas as empresas envolvidas para com a prestação de serviços contratada. A ementa é bem interessante, por sintetizar algumas outras questões expostas nos capítulos anteriores deste livro:

> "1. Ação indenizatória de danos materiais e morais fundada no inadimplemento de seguro viagem contratado em pacote turístico internacional. Autor submetido a cirurgia cardíaca, com implantação de desfibrilador ventricular, em hospital localizado na cidade de Livorno, Itália, sem a correspondente cobertura integral do débito hospitalar pela seguradora anteriormente contratada. Relação de consumo. Cerceamento de defesa inocorrente. Legitimidade e solidariedade passiva das corrés (agência de turismo, operadora de turismo e seguradora). Art. 275 do CC e art. 14 do CDC. 2. Responsabilidade solidária de todas as empresas integrantes da cadeia de fornecedores dos serviços, que comercializam pacotes de viagens em parceria empresarial, pelos danos causados aos consumidores por defeitos na prestação dos serviços contratados. Art. 25, § 1º do CDC. 3. Vedação legal à estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar. Art. 25, *caput* do CDC. 4. A declaração pré-contratual da seguradora integra o contrato celebrado entre as partes, vinculando a prestadora de serviços. Art. 48 do CDC. Descumprimento injustificado. Lesão à boa-fé objetiva. Art. 422 do CC. Ineficácia de cláusula contratual limitativa de cobertura para doenças preexistentes, exageradamente desvantajosa para o consumidor e que desvirtuaria a própria essência protetiva plena da cobertura de assistência de viagem internacional contratada. Art. 51, *caput* e IV do CDC. 5. Verbas indenizatórias devidas. Condenação a ser apurada por liquidação em artigos mantida, a fim de se evitar a propositura de eventual ação autônoma, aproveitando-se todo o exame fático até aqui ocorrido, preservada a ampla defesa. Notícia de celebração de acordo não cumprido integralmente pela empresa contratada, sem qualquer justificativa plausível. Reparação material integral mantida. 6. Transtornos e abalos emocionais gravíssimos causados a indivíduo idoso, lançado ao desamparo após infarto, por empresa contratada para assisti-lo em viagem internacional. Danos morais moderadamente fixados, em atenção à sua dúplice função punitiva ao ofensor e compensatória à vítima, à maneira dos *punitive damages* do direito norte-americano, origem remota do art. 5º, V e X da CF/1988. 7. Desobediência injustificada às ordens judiciais e tentativa de induzimento do julgador em erro, sem qualquer temor institucional ao Poder Judiciário. Fatos gravíssimos. Multa diária limitada, por ora, a R$ 500.000,00, tendo em vista princípios de razoabilidade e proporcionalidade, desde que efetivado o pagamento do débito ao órgão fazendário da cidade de Livorno em até 15 dias após a prolação deste acórdão. Persistindo a desobediência após tal prazo, a multa diária voltará a fluir no montante de R$ 5.000,00, por inescusável recidiva. Possibilidade de majoração das *astreintes* a qualquer tempo. (...)" (TJSP

– Apelação 0047211-20.2008.8.26.0562 – Acórdão 4978866, Santos – Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Soares Levada – j. 28.02.2011 – *DJESP* 21.03.2011).

São interessantes os julgados estaduais relativos à negativa por parte de empresa que explora o serviço de telefonia em cumprir a promessa pública do plano de expansão feita anteriormente, devendo ser responsabilizada por tal conduta de surpresa, nos termos do art. 48 do CDC e do respeito à promessa anterior. Por todos, entre os mais recentes:

> "Responsabilidade civil. Desídia de operadora de serviços de telefonia. Oferta pública, convocando interessados em aderir a plano de expansão. Inscrição e sorteio, indicando a expectativa de instalação de linhas. Promessa de contratar, descumprida, sem justa causa. Dever reparatório. Inteligência dos arts. 159 e 1.080, do Código Civil de 1916; arts. 186, 187, 427 e 429, do Código Civil vigente; arts. 6º, IV e VI, 30, 35 e 48, da Lei 8.078/1990. Recurso do autor. Provimento" (TJSP – Apelação 9090199-71.2007.8.26.0000 – Acórdão 4859898, Santos – Trigésima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Carlos Russo – j. 17.11.2010 – *DJESP* 11.01.2011).

Ainda do Tribunal de São Paulo, aplicou-se o art. 48 do CDC para se determinar a força vinculativa de promessa de bolsa escolar, para todo o período de estudos do curso, e não apenas para o primeiro semestre do curso (TJSP – Apelação 992.09.032175-7 – Acórdão 4614215, Santos – Trigésima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Orlando Pistoresi – j. 28.07.2010 – *DJESP* 18.08.2010). A decisão comprova como as justas expectativas geradas na parte contratual despertam uma *nova ética negocial*, eis que não cabe a alegação de que a bolsa foi dada como mero ato de liberalidade, que pode ser quebrado a qualquer tempo.

No que concerne à fase pós-contratual, constata-se que o art. 48 do CDC faz menção expressa ao recibo, que tem notória força vinculativa. Sendo assim, em regra, não cabe ao prestador fazer cobrança de valor a mais, alegando que o montante pago pelo consumidor não cobriu todos os serviços prestados. O que ser percebe é que o comando em análise traz como conteúdo a máxima da boa-fé objetiva que veda o comportamento contraditório, consubstanciada na expressão *venire contra factum proprium non potest*.

Na verdade, não só esse, mas outros *conceitos parcelares da boa-fé objetiva* têm plena incidência para os contratos de consumo. Tais construções, advindas do Direito Comparado e retiradas da obra do jurista lusitano António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, têm sido amplamente debatidas no cenário jurídico brasileiro, cabendo o seu estudo de forma pontual.[40] Como se reconheceu na *V Jornada de Direito Civil* do Superior Tribunal de Justiça, evento de 2011, "As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio, tu quoque, surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva" (Enunciado 412).

5.4.1. *Supressio e surrectio*

A supressio (*Verwirkung*) significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos. No âmbito das relações civis, o seu sentido pode ser notado pela leitura do art. 330 do CC, que adota o conceito, eis que "o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato". A título de ilustração, caso tenha sido previsto no instrumento obrigacional o benefício da obrigação portável (cujo pagamento deve ser efetuado no domicílio do credor), e tendo

o devedor o costume de pagar no seu próprio domicílio de forma reiterada, sem qualquer manifestação do credor, a obrigação passará a ser considerada quesível (aquela cujo pagamento deve ocorrer no domicílio do devedor).

Ao mesmo tempo em que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio* (*Erwirkung*), direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes. Em outras palavras, enquanto a *supressio* constitui a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo, a *surrectio* é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes. Ambos os conceitos podem ser retirados do citado art. 330 do CC/2002, constituindo *duas faces da mesma moeda*, como bem afirma José Fernando Simão.[41]

No âmbito do Direito do Consumidor, o Tribunal da Justiça da Bahia incidiu as duas construções para afastar o direito da seguradora de rescindir unilateralmente um contrato se seguro-saúde empresarial pelo fato de ter sido o segurado demitido: "Recurso. Plano de saúde empresarial. Demissão. Manutenção do plano. Exclusão do segurado. Prática abusiva. Ofensa às regras do Código de Defesa do Consumidor, da Lei 9.656/1998 e ao princípio da boa-fé objetiva. *Surrectio* e *supressio*. Sentença confirmada. Recurso improvido" (TJBA – Recurso 63252-0/2003-1 – Segunda Turma Recursal – Rel. Juiz Moacir Reis Fernandes Filho – *DJBA* 28.05.2009).

Do Tribunal do Paraná, em sentido próximo, a *supressio* foi aplicada para afastar o direito de negativa de cobertura por parte de empresa de plano de saúde, por não ter sido exercida tal prerrogativa em momento contratual posterior:

> "Apelação cível. Ação cominatória de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Plano de saúde. Negativa de cobertura de exame prescrito por médico. Existência de trato sucessivo: incidência do Código de Defesa do Consumidor, mas não da Lei 9.656/1998. Interpretação contratual eivada de abusividade. Violação aos arts. 47, 51, *caput* e IV e 54, §§ 3º e 4º, CDC. Valor arbitrado a título de honorários advocatícios em conformidade ao que prescreve o art. 21, § 4º, CPC. Sentença mantida. 1. As disposições da Lei 9.656/1998 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. 2. A incidência do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso veda que se interprete restritivamente o rol de procedimentos assegurados pelo plano de saúde. 3. A tais circunstâncias revela-se aplicável a figura jurídica da *supressio* – bem descrita nas palavras de Menezes Cordeiro: 'A *supressio* caracteriza-se como a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, por outra forma, se contrariar a boa-fé'. Recurso conhecido e não provido" (TJPR – Apelação Cível 0567394-3, Curitiba – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin – *DJPR* 17.07.2009, p. 344).

Por fim, do Tribunal do Rio Grande do Sul, cite-se instigante decisão que tem relação com o art. 48 do CDC, segundo a qual não tem a empresa de consórcio o direito de negar a emissão da certidão de propriedade de veículo, alegando a falta de pagamento de suposto valor residual, em desrespeito ao que foi previamente pactuado. Vejamos a ementa do julgado, com menção expressa aos dois conceitos aqui estudados:

> "Consumidor. Consórcio de veículo. Equívoco na cobrança das parcelas mensais. Saldo a pagar no final do grupo. Inexigibilidade. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Teorias da *surrectio* e *supressio*. Dever de concessão da liberação da alienação fiduciária pendente sobre o veículo. Danos materiais ocorrentes. Dano moral inocorrente. 1. Tendo o autor pago rigorosamente as parcelas do consórcio durante os 36 meses do grupo, não pode a administradora, ao final, negar-lhe a liberação da alienação fiduciária que recaía sobre o veículo adquirido com a carta de crédito. Isso porque, com os pagamentos realizados, criou-se ao autor a legítima expectativa de estar adquirindo parceladamente o veículo e quitando sua obrigação com o pagamento da última parcela. Ao mesmo tempo, em contrapartida, a inércia da ré fez desaparecer seu direito de cobrar o valor pago a

menor. Aplicação do Princípio da Boa-fé Objetiva e das teorias da *surrectio e supressio*. 2. Comprovando o autor o gasto realizado com a notificação extrajudicial da ré, deve ser indenizado em tal monta. 3. Embora a conduta ilícita por parte da ré, tem-se que não experimentou o autor aborrecimento que extrapole os meros dissabores da vida em sociedade, não havendo falar em dano moral indenizável. Recurso parcialmente provido" (TJRS – Recurso Cível 71001586668, Três Passos – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 15.05.2008 – *DOERS* 20.05.2008, p. 100).

5.4.2. *Tu quoque*

O termo *tu quoque* significa que um contratante que violou uma norma jurídica não poderá, sem a caracterização do abuso de direito por quebra da boa-fé, aproveitar-se dessa situação anteriormente criada pelo desrespeito. Conforme lembra Ronnie Preuss Duarte, "a locução designa a situação de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação em benefício próprio".[42]

Desse modo, está vedado que alguém faça contra o outro o que não faria contra si mesmo (*regra de ouro*), conforme ensina Cláudio Luiz Bueno de Godoy.[43] Relata o professor da USP que "Pelo 'tu quoque', expressão cuja origem, como lembra Fernando Noronha, está no grito de dor de Júlio César, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentavam contra sua vida ('Tu quoque, fili'? Ou 'Tu quoque, Brute, fili mi'?), evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, em defesa, a normas que ela própria violou. Trata-se da regra de tradição ética que, verdadeiramente, obsta que se faça com outrem o que não se quer seja feito consigo mesmo".[44]

Incidindo a construção para o negócio jurídico de consumo, o Tribunal do Paraná já se pronunciou da seguinte forma, aplicando o preceito: "Responsabilidade civil. Relação de consumo. Compra de aparelho celular. Parcelamento do valor. Inadimplemento. Recusa de prestar assistência técnica. Indenização por danos materiais e morais indevida. 1. Pelo princípio *tu quoque*, decorrente da boa-fé, não se justifica a cobrança de adimplemento do contrato se a própria parte que pleiteia o descumpriu. 2. Não há razão em indenizar por danos materiais e morais o consumidor que deixa de pagar a maior parte das parcelas da compra de um produto. Apelação não provida" (TJPR – Apelação Cível 0722417-3, Bandeirantes – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Nilson Mizuta – *DJPR* 01.03.2011, p. 307).

Como se pode notar da última ementa, a boa-fé objetiva exigida do fornecedor ou prestador também é premissa de conduta contra o consumidor.

5.4.3. *Exceptio doli*

A *exceptio doli* é conceituada como sendo a defesa do réu contra ações dolosas, contrárias à boa-fé. Aqui a boa-fé objetiva é utilizada como defesa, tendo uma importante *função reativa*, conforme leciona José Fernando Simão.[45] A *exceptio* mais conhecida no Direito Civil brasileiro é aquela constante no art. 476 do Código Civil, a *exceptio non adimpleti contractus*, segundo a qual, nos contratos bilaterais, nenhuma das partes pode exigir que uma parte cumpra com a sua obrigação se primeiro não cumprir com a própria.[46] Vale lembrar que os contratos bilaterais ou sinalagmáticos são aqueles que envolvem direitos e deveres para ambas as partes, de forma proporcional, sendo exemplo típico a compra e venda.

Não resta a menor dúvida de que a exceção de contrato não cumprido não só pode como deve ser

aplicada em favor do consumidor, como nas hipóteses de compra e venda de consumo. Como primeiro caminho para tal afirmação, pode ser citada a incidência da boa-fé objetiva constante do art. 4º, inc. III, da Lei 8.078/1990. Como segundo caminho, a *teoria do diálogo das fontes* permite a conexão pelo art. 476 do CC/2002 em benefício do consumidor. Não tem sido diferente a conclusão da jurisprudência nacional, nas hipóteses em que o produto ou o serviço não estão a contento ou de acordo com o esperado, especialmente nas hipóteses de vício (por todos: TJES – Apelação Cível 35060210016 – Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Arnaldo Santos Souza – j. 06.07.2010 – *DJES* 03.09.2010, p. 72; TJSC – Apelação Cível 2003.011376-2, Joinville – Segunda Câmara de Direito Comercial – Rel. Des. Jorge Luiz de Borba – *DJSC* 03.09.2009, p. 328; e TJSP – Apelação com Revisão 207.759.4/7 – Acórdão 4134137, Barueri – Nona Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Viviani Nicolau – j. 13.10.2009 – *DJESP* 12.11.2009).

Anote-se, por fim, que a máxima da *exceptio* tem o condão de afastar o direito de eventual inclusão do nome de consumidores em cadastro de inadimplentes, podendo ainda configurá-la como indevida ou abusiva, a gerar o direito à reparação de danos a favor do consumidor (TJDF – Recurso 2009.01.1.116487-2 – Acórdão 481.366 – Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF – Rel. Juiz Asiel Henrique – *DJDFTE* 22.02.2011, p. 277; TJSP – Apelação 992.07.044110-2 – Acórdão 4805183, São Carlos – Trigésima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Carlos Russo – j. 10.11.2010 – *DJESP* 09.12.2010; e TJMG – Apelação Cível 1.0024.07.485048-8/0011, Belo Horizonte – Décima Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Elpídio Donizetti – j. 17.06.2008 – *DJEMG* 28.06.2008).

5.4.4. *Venire contra factum proprium*

Como outrora exposto, pela máxima *venire contra factum proprium non potest*, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva. O conceito mantém relação com a *teoria dos atos próprios*, muito bem explorada no Direito Espanhol por Luís Díez-Picazo.[47]

Para Anderson Schreiber, que desenvolveu excelente trabalho monográfico sobre o tema no Brasil, podem ser apontados quatro pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório: 1º) um fato próprio, uma conduta inicial; 2º*)* a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; 3º*)* um comportamento contraditório a este sentido objetivo; 4º*)* um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição.[48] A relação com o respeito à confiança depositada, um dos deveres anexos à boa-fé objetiva, é muito clara, conforme consta do Enunciado n. 362 da *IV Jornada de Direito Civil*: "A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil". A premissa é a mesma para os contratos de consumo, sem qualquer distinção, podendo tal conclusão ser retirada, entre outros, do sempre invocado art. 4º, inc. III, do CDC.

Ilustrando para os contratos de consumo, destaque-se julgado do Tribunal Paulista que fez incidir o *venire* contra uma empresa administradora de cartão de crédito que mantinha a prática de aceitar o pagamento dos valores atrasados. No caso, a empresa, repentinamente, alegou a rescisão contratual, com base em cláusula contratual que previa a extinção do contrato havendo inadimplemento. A Corte mitigou a força obrigatória dessa cláusula, ao apontar que a extinção do negócio jurídico e a

cobrança integral não seriam possíveis, diante dos comportamentos de recebimento parcial do crédito. O consumidor foi indenizado pela negativação de seu nome em cadastro pela cobrança do valor integral:

> "Dano moral. Responsabilidade civil. Negativação no Serasa e constrangimento pela recusa do cartão de crédito, cancelado pela ré. Caracterização. Boa-fé objetiva. *Venire contra factum proprium* . Administradora que aceitava pagamento das faturas com atraso. Cobrança dos encargos da mora. Ocorrência. Repentinamente invoca cláusula contratual para considerar o contrato rescindido, a conta encerrada e o débito vencido antecipadamente. Simultaneamente providencia a inclusão do nome do titular no Serasa. Inadmissibilidade. Inversão do comportamento anteriormente adotado e exercício abusivo da posição jurídica. Recurso improvido" (TJSP – Apelação Cível 174.305-4/2-00, São Paulo – Terceira Câmara de Direito Privado-A – Rel. Enéas Costa Garcia – j. 16.12.2005, v.u., voto 309).

Em julgado mais recente, por aplicar o *venire contra factum proprium*, o Tribunal Paulista afastou a extinção do contrato de seguro de forma automática, pois a seguradora vinha aceitando os pagamentos e emitindo faturas, mesmo com a presença da mora do segurado:

> "Seguro de vida e acidentes pessoais. Ação de cobrança. Atraso no pagamento de parcelas mensais do prêmio. Cancelamento automático do contrato de seguro. Inadmissibilidade. Se a lei prevê a purga da mora, é porque afastada está a hipótese de resolução automática da avença. Diante do Código de Defesa do Consumidor, é reputada nula a cláusula que autoriza o fornecedor (seguradora) a resolver unilateralmente o contrato. Não pode o segurador cobrar os prêmios em atraso e, ao mesmo tempo, em caso de sinistro, furtar-se ao pagamento do capital de cobertura. Conduta contraditória e incompatível com a boa-fé (*venire contra factum proprium*). A jurisprudência do E. STJ prevê a necessidade de interpelação do segurado moroso para o desfazimento do contrato, o que não ocorreu. Ademais, a mora do segurado é de escassa importância, pois iniciada a partir do momento em que foi internado em nosocômio para tratar da doença letal. Recurso provido" (TJSP – Apelação 9147968-66.2009.8.26.0000 – Acórdão 4912959, São Paulo – Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto – j. 20.01.2011 – *DJESP* 16.02.2011).

O *venire* tem sido aplicado em sentido muito próximo por outras Cortes Estaduais, podendo ser transcrito o seguinte resumo de acórdão do Tribunal Mineiro, relativo a contrato de plano de saúde:

> "Ação ordinária. Rescisão por atraso no pagamento de 'contrato de seguro-saúde' firmado em momento posterior ao advento da Lei 9.656/1998. Requisitos. Notificação pessoal do consumidor. Inadimplência superior a 60 (sessenta) dias. Preenchimento. Ausência. Por força do art. 13, parágrafo único, II, da Lei 9.656/1998, a suspensão ou rescisão unilateral do contrato de seguro saúde por motivo de inadimplência nos últimos 12 (doze) meses de vigência do contrato, durante mais de 60 (sessenta) dias, pressupõe a notificação pessoal do consumidor. O cancelamento do plano de saúde promovido pela demandada está em nítido descompasso com a sua conduta anterior e caracteriza violação à doutrina dos atos próprios, *venire contra factum proprium*, mormente se considerarmos que a operadora de saúde aceitou receber, ainda que extemporaneamente, as mensalidades que justificariam o cancelamento da avença. Como a demandada descumpriu a norma contida no parágrafo único, II, da Lei 9.656/1998, deixando de enviar notificação pessoal válida aos consumidores, a fim de evitar a rescisão do contrato de seguro saúde por meio do pagamento das mensalidades em atraso, mostra-se correta a sentença que julgou procedente o pedido inicial, determinando o restabelecimento do contrato ilicitamente cancelado" (TJMG – Apelação Cível 0741246-16.2006.8.13.0024, Belo Horizonte – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Lucas Pereira – j. 18.03.2010 – *DJEMG* 01.06.2010).

A encerrar as concreções do *venire contra factum proprium*, julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul aplicou a máxima contra fabricante e comerciantes de aparelhos de ar condicionado, que indicaram terceiro a prestar serviço de reparo de um produto, não podendo quedar-se de responder pelo vício do produto já conhecido:

> "Consumidor. Aparelho de ar condicionado *split*. Vício do produto. Encaminhamento à assistência técnica. Pedido de devolução do preço e de indenização. Dano moral configurado excepcionalmente. Valor da indenização mantido. Inexistência de

complexidade do feito. Legitimidade passiva das rés. 1. Absolutamente desnecessária a realização de perícia, mormente quando a assistência técnica autorizada poderia ter esclarecido o defeito apresentado pelo aparelho. 2. Respondem solidariamente a fabricante e a comerciante. 3. Trata-se de relação típica de consumo, portanto aplicáveis as disposições do art. 18 e § 1º do Código de Defesa do Consumidor. Não sanado o vício no prazo de 30 dias, abre-se ao consumidor a possibilidade de postular a restituição da quantia paga ou a substituição do produto defeituoso. 2. Incontroverso o encaminhamento do produto à assistência técnica, sem a resolução do problema até o ajuizamento da demanda, configurado está o direito da autora em ver resolvido o contrato e devolvido o preço pago, acrescido de perdas e danos. 3. Ao contrário do sustentado pelas rés, não se pode atribuir à consumidora o fato de o aparelho ter sido colocado e retirado por empresa que não se constituía em uma assistência técnica autorizada. Consoante se vê da troca de e-mails de fls. 26, a 'empresa de referência' foi indicada pelas próprias rés para a realização do trabalho, não podendo agora ser invocado tal fato como causa ensejadora da perda da garantia. Decorre do princípio da boa-fé objetiva o dever anexo de transparência a repelir o *non venire contra factum proprium* 3. Configura-se, de forma excepcional, o dano moral em razão do descaso das rés em relação à autora. 4. Impossível reduzir o valor da indenização estabelecido na sentença (R$ 3.500,00), pois adequado ao caso concreto e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recursos improvidos" (TJRS – Recurso Cível 71002812733, Porto Alegre – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 28.10.2010 – *DJERS* 05.11.2010).

5.4.5. *Duty to mitigate the loss*

Em relação a esse último conceito parcelar, deve ficar claro que não é ele retirado da obra de Menezes Cordeiro, mas de outra fonte do Direito Privado Contemporâneo. Trata-se do dever imposto ao credor de mitigar suas perdas, ou seja, o próprio prejuízo. Sobre essa premissa foi aprovado o Enunciado n. 169 do CJF/STJ na *III Jornada de Direito Civil*, pelo qual "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo".

A proposta doutrinária, elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e que decorre do princípio da boa-fé objetiva, incidente para qualquer contrato.[49] Anote-se que o Enunciado n. 169 CJF/STJ está inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias, no sentido de que "A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída". Para a autora da proposta, há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes.

A título de exemplo para os contratos de consumo, imagine-se um contrato bancário ou financeiro em que há descumprimento por parte do consumidor. Segundo a interpretação deste autor, já aplicada pela jurisprudência, não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos. Se assim agir, como consequência da violação da boa-fé, os juros devem ser reduzidos. Vejamos a ementa de julgado do Mato Grosso do Sul que subsume tais premissas:

"Apelação cível. Ação de cobrança. Aplicação do princípio *duty to mitigate the loss*. Contrato de cartão de crédito. Contrato de adesão. Aplicabilidade do CDC. Revisão das cláusulas abusivas. Possibilidade. Juros remuneratórios. Cópia do contrato. Ausência. Aplicação do art. 333 do CPC. Manutenção da limitação dos juros em 12% ao ano. Comissão de permanência. Impossibilidade de averiguação da sua cobrança cumulada com outros encargos. Inexistência de cópia do contrato. Manutenção da sentença que afastou a possibilidade de cobrança de capitalização mensal de juros. Prática ilegal. Anatocismo.

Súmula 121 do STF. Usura. Multa. 2%. Falta de interesse recursal. Recurso parcialmente conhecido e improvido. Se a instituição financeira permanece inerte por longo período, aguardando que a dívida atinja montantes astronômicos, impõe-se-lhe a aplicação do princípio denominado *duty to mitigate the loss*, que impõe, nestes casos, por penalidade, a redução do crédito do mutuário deveria, nos termos do princípio da boa-fé objetiva, evitar o agravamento do próprio prejuízo. Nos termos da Súmula 297 do STJ e precedentes do Supremo Tribunal Federal, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. O contrato de cartão de crédito é considerado de adesão, eis que resulta da padronização e uniformização das cláusulas contratuais realizadas pela instituição financeira, as quais o consumidor é obrigado a aceitá-las em bloco, em seu prejuízo. Na esteira do entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, levando-se em consideração a situação jurídica específica do contrato, é de se admitir a revisão das cláusulas consideradas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor. Se os juros remuneratórios contratados excedem a taxa média de mercado, fixada pelo Banco Central do Brasil, fica autorizada a revisão contratual, eis que caracterizada a abusividade, devendo os juros serem reduzidos ao valor da taxa média de mercado. Outrossim, quando a instituição financeira não comprova os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, demonstrando que a taxa de juros por ele cobrada não é extorsiva, mantém-se a fixação dos juros em 12%, nos termos da sentença. Mantém-se a sentença recorrida que afastou a possibilidade de cobrança da comissão de permanência se não houver nos autos cópia do contrato, permitindo aferir se a sua cobrança foi cumulada com outros encargos. A capitalização mensal de juros, denominada anatocismo, é prática vedada pelo nosso ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre com o art. 13 do Decreto 22.626/1933, tanto que o STF editou a Súmula 121, que estabelece ser vedada a capitalização de juros. Se a sentença apenas afasta a possibilidade de cobrança da multa em percentual superior a 2%, nos termos contratados, carece o autor de interesse recursal" (TJMS – Apelação Cível 2009.022658-4/0000-00, Campo Grande – Terceira Turma Cível – Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay – *DJEMS* 24.09.2009, p. 12).

Exatamente na mesma linha, destaque-se decisão recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que substituiu os vultosos juros contratuais pelos juros legais, incidindo o *duty to mitigate the loss* (TJRJ – Apelação Cível 0010623-64.2009.8.19.0209 – 9.ª Câmara Cível – Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 2011).

Com esse importante e instigante conceito parcelar, encerra-se o estudo das incidências concretas da boa-fé objetiva para os contratos de consumo. Parte-se então à abordagem do direito de arrependimento, tratado pelo art. 49 da Lei 8.078/1990.

5.5. O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NOS CONTRATOS DE CONSUMO (ART. 49 DA LEI 8.078/1990)

Tema dos mais relevantes na ótica consumerista é o relativo ao direito de arrependimento nos contratos de consumo, tratado pelo art. 49 da Lei 8.078/1990. Em sua redação literal, enuncia o *caput* do comando que "O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio". Ato contínuo, o parágrafo único da norma preceitua que, se o consumidor exercitar tal direito, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos de imediato, monetariamente atualizados, o que visa a afastar o enriquecimento sem causa ou indevido.

Tal direito de arrependimento, relativo ao *prazo de reflexão* de sete dias, constitui um *direito potestativo* colocado à disposição do consumidor, contrapondo-se a um estado de sujeição existente contra o fornecedor ou prestador. Como se trata do exercício de um direito legítimo, não há a necessidade de qualquer justificativa, não surgindo da sua atuação regular qualquer direito de indenização por perdas e danos a favor da outra parte. Como decorrência lógica de tais constatações,

não se pode falar também em incidência de multa pelo exercício, o que contraria a própria concepção do sistema de proteção ao consumidor.

A propósito da existência de um *direito potestativo do consumidor*, o Superior Tribunal de Justiça, em notável julgamento do ano de 2013, deduziu que "o Procon pode aplicar multa a fornecedor em razão do repasse aos consumidores, efetivado com base em cláusula contratual, do ônus de arcar com as despesas postais decorrentes do exercício do direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC. De acordo com o *caput* do referido dispositivo legal, o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. O parágrafo único do art. 49 do CDC, por sua vez, especifica que o consumidor, ao exercer o referido direito de arrependimento, terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão – período de sete dias contido no *caput* do art. 49 do CDC –, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas decorrentes da utilização do serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. Aceitar o contrário significaria criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não prevista, de modo a desestimular o comércio fora do estabelecimento, tão comum nos dias atuais. Deve-se considerar, ademais, o fato de que eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor nesse tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (pela internet, por telefone ou a domicílio)" (STJ, REsp 1.340.604/RJ – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 15.08.2013, publicado no seu *Informativo n*. 528).

Como bem pontuam Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, tal direito existe para proteger a declaração de vontade do consumidor, possibilitando que ele reflita com calma nas agressivas situações de vendas a domicílio.[50] De acordo com os juristas, há um notável avanço confrontando-se a previsão com o sistema civil, que não consagra qualquer regra geral de arrependimento para os contratos regidos unicamente pelo CC/2002. Deve ficar claro que não se trata de venda a contento ou *ad gustum*, tratada pelos arts. 509 a 512 do CC, pois nesse caso há necessidade do comprador motivar as razões da sua não aprovação. No tipo do art. 49 do CDC, dispensa-se qualquer motivação para o exercício do arrependimento dentro do prazo de reflexão.

De qualquer maneira, apesar de sua indiscutível importância social, o dispositivo em análise é alvo de importantes alterações estruturais por meio do Projeto de Lei 281/2012. A primeira delas diz respeito à ampliação do prazo para quatorze dias, assim como ocorre nos Países que compõem a Comunidade Europeia. Nessa linha, o *caput* do comando passaria a ser assim redigido: "O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de quatorze dias, a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último".

Feita tal consideração, insta verificar os limites de aplicação do comando na atualidade, bem como outras projeções visadas pelo PL 281/2012. Pela literalidade vigente, a sua incidência se restringe às vendas realizadas fora do estabelecimento empresarial, citando a norma as vendas por telefone ou a domicílio (chamada a última de *venda porta-a-porta*). De toda maneira, quando a lei foi elaborada, ainda não existia a atual evolução a respeito das vendas pela internet ou outros meios de comunicação semelhantes ou próximos, devendo o referido dispositivo ser estendido para tais hipóteses, conforme reconhece a melhor doutrina. Nessa linha, posicionam-se, por todos, Nelson

Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, afirmando que "O CDC enumerou, de maneira exemplificativa, as formas de contratação fora do estabelecimento comercial: por telefone e a domicílio. O caráter de *numerus apertus* desse elenco é dado pelo advérbio 'especialmente' constante da norma. Assim, as contratações por telefone, fax, videotexto, mala direta, reembolso postal, catálogo, prospectos, lista de preços, a domicílio, via Internet etc.".[51] No que concerne às vendas pela internet, não tem sido diferente a conclusão da jurisprudência nacional, colacionando-se as seguintes ementas, somente a título ilustrativo:

> "Compra e venda pela 'internet'. Desistência manifestada no prazo do art. 49 do CDC. Cabimento da restituição do valor debitado pela operadora de cartão de crédito. Descabimento, porém, de indenização pelo dano moral atribuído a desgastes e dissabores, já que pessoa jurídica não sofre tal sorte de repercussão psíquica, assim como de aluguéis pela sala na qual os bens ficaram guardados até retirada pelo vendedor. Apelação parcialmente provida" (TJSP – Apelação 0117190-97.2008.8.26.0100 – Acórdão 4926888, São Paulo – Trigésima Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Arantes Theodoro – j. 03.02.2011 – *DJESP* 18.02.2011).

> "Reparação de danos. Consumidor. Compra e venda de aparelho celular efetuada pela internet. Direito de arrependimento exercido conforme art. 49 do CDC. Transtornos para confirmar o distrato. Má comunicação entre a loja e a operadora do cartão de crédito. Cobrança das parcelas na fatura. Direito à restituição, em dobro, dos valores pagos. Inexistência de danos morais. Recurso parcialmente provido" (TJRS – Recurso Cível 71002280618, Soledade – Segunda Turma Recursal Cível – Rel. Des. Vivian Cristina Angonese Spengler – j. 21.10.2009 – *DJERS* 29.10.2009, p. 159).

Destaque-se, mais uma vez, que o PL 281/2012 pretende incluir expressamente menção aos contratos celebrados por meio eletrônico, não pairando qualquer dúvida a respeito da questão. De acordo com a proposição, o art. 49 ganharia mais um parágrafo, estabelecendo que "por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por meio eletrônico ou similar".

Nessa linha, há um debate atual interessante no Brasil, a respeito da subsunção do art. 49 da Lei 8.078/1990 para as compras de passagens aéreas pela internet ou outro meio de comunicação à distância. Algumas decisões afastam a incidência da norma, uma vez que o consumidor tem consciência do que está adquirindo, o que foge do fim social do artigo consumerista, de sua *mens legis* (por todas: TJDF – Recurso 2010.01.1.014473-2 – Acórdão 492.650 – Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF – Rel. Juiz José Guilherme de Souza – *DJDFTE* 05.04.2011, p. 244).

Porém, outras tantas ementas aplicam com justiça o art. 49 do CDC para as compras de passagens aéreas pela internet ou telefone, pois o fim social da norma é justamente de abranger a hipótese de compra e venda contemporânea (nessa linha: TJDF – Recurso 2008.01.1.125046-8 – Acórdão 398.269 – Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Rel. Juíza Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro – *DJDFTE* 13.01.2010, p. 151; TJBA – Recurso 124461-2/2007-1 – Terceira Turma Recursal – Rel. Juiz José Cícero Landin Neto – j. 28.05.2008 – *DJBA* 05.06.2008; e TJRS – Recurso inominado 71000597799, Caxias do Sul – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. João Pedro Cavalli Júnior – j. 18.11.2004). De fato, não se pode buscar o fim social da lei em prejuízo do consumidor, o que viola a própria concepção da Lei 8.078/1990 como norma protecionista e com fundamento constitucional. Pelo último caminho, são ilegais e abusivas as multas cobradas pelas empresas aéreas dentro do prazo de arrependimento, contado, nessa hipótese, da celebração do contrato. Ato contínuo, merece aplicação integral o parágrafo único do art. 49 do

CDC, com a devolução integral do que foi pago pelo consumidor, valor que deve ser atualizado integralmente.

Em boa hora, para afastar qualquer dúvida a respeito da matéria, mais uma vez o PL 281/2012 tende a incluir preceito específico sobre as compras de passagens áreas, com a seguinte dicção: "Sem prejuízo do direito de rescisão do contrato de transporte aéreo antes de iniciada a viagem (art. 740, § 3º do Código Civil), o exercício do direito de arrependimento do consumidor de passagens aéreas poderá ter seu prazo diferenciado, em virtude das peculiaridades do contrato, por norma fundamentada das agências reguladoras" (art. 49-A).

Ainda no que concerne à abrangência atual da norma, ela não tem subsunção para as situações de venda realizada no estabelecimento empresarial, com presença física e corpórea do consumidor, o que é aclamado amplamente na prática. Nessa linha, "O arrependimento de que trata o art. 49 do CDC somente é possível nos casos ali elencados, ou seja, somente se a compra se deu por telefone ou internet. No caso aqui posto a venda se deu diretamente na loja da operadora, não incidindo a regra do art. 49, *caput* do CDC. Pedido de cancelamento de linha que não veio comprovado nos autos. Preliminar rejeitada, apelação improvida" (TJRS – Apelação Cível 70029597242, Teutônia – Décima Nona Câmara Cível – Rel. Des. Guinther Spode – j. 21.07.2009 – *DOERS* 28.07.2009, p. 69). Em reforço, colaciona-se: "Autora que adquiriu os bens de livre e espontânea vontade no estabelecimento comercial da ré. Posterior arrependimento. Impossibilidade. Relação de consumo que não se sujeita ao art. 49 do Código de Defesa do Consumidor. Solicitação de cancelamento dos negócios não demonstrada suficientemente. Anotação de inadimplência. Ilicitude. Inexistência. Dano moral não patenteado. Apelo desprovido" (TJSP – Apelação 992.08.002923-9 – Acórdão 4727236, Osasco – Trigésima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Marcos Ramos – j. 22.09.2010 – *DJESP* 25.10.2010).

Mais uma vez, cabe fazer pontuação a respeito do PL 281/2012, pois há proposta de inclusão de dispositivo relativo às vendas realizadas no estabelecimento empresarial, mas sem que o consumidor tenha contato imediato com o que está sendo adquirido. Nesse contexto, pretende-se a inclusão de norma preceituando que se equipara à modalidade de contratação à distância "aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não teve a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso a seu conteúdo". Cite-se a compra realizada em estabelecimentos por meio de computadores que estão dentro da loja.

Pois bem, na atual realidade legislativa, efetivamente, nas situações em que o produto ou o serviço é adquirido no estabelecimento, não há o direito de arrependimento. Todavia, na prática, há um costume saudável de as empresas trocarem produtos, em especial quando o consumidor diz não estar satisfeito com eles; ou ainda porque o bem de consumo não lhe serviu. Os fornecedores assim o fazem para não perderem a clientela, mantendo um bom relacionamento com a coletividade consumerista. A par da existência desse costume reiterado, pode-se construir uma tese, a partir da boa-fé objetiva, no sentido de que já há um direito de troca a favor do consumidor (*surrectio*), afastando a impossibilidade de troca pela outra parte (*supressio*). Deve ficar bem claro que se trata de uma *tese*, que ainda deve ser devidamente desenvolvida no âmbito do Direito Privado Brasileiro. Ressalve-se que, em todos os casos, há obrigatoriedade de troca de produtos quando presentes vícios no produto ou do serviço, na esteira do exposto no capítulo anterior desta obra.

De qualquer modo, filia-se aos julgados que subsumem o art. 49 do CDC para as vendas realizadas no estabelecimento em que são utilizados meios agressivos de *marketing* para trazer o consumidor de fora para dentro do estabelecimento. Nessa linha, com interessantes conclusões, vejamos ementa do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "Negócio jurídico – Contrato – Direito de arrependimento – Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Hipótese em que o contrato foi firmado dentro do estabelecimento comercial – Art. 49 do CDC que não deve ser interpretado restritivamente – Método agressivo de 'marketing' que permite o direito de arrependimento – Caso em que a consumidora foi premiada após participação de jogo, ganhando direito a conhecer hotel, onde foi convencida a contratar, em duna emocional – Vontade maculada pelo entusiasmo temporário, causado pelo estímulo repentino e de ansiedade de contratação, derivado do método de apresentação do produto ou serviço – Direito de arrependimento que deve ser garantido em homenagem à boa-fé contratual, evitando-se que a venda emocional possa legitimar contratações maculadas pela ausência de transparência e respeito aos interesses do contratante mais fraco – Recurso não provido" (TJSP – Apelação com Revisão 9134379-17.2003.8.26.0000 – Rel. Melo Colombi – 14ª Câmara de Direito Privado – j. 09.05.2007 – Data de registro: 25.05.2007).

Em reforço, da mesma Corte Estadual: "Na verdade, procura-se proteger o consumidor de uma manifestação de vontade maculada pelo entusiasmo temporário, produzido pelo estimulo repentino, pelo efeito de surpresa e de ansiedade de contratação, causados pelo método de apresentação do produto. Nessa esteira, a contração em que se convida o consumidor a ingressar no estabelecimento comercial por meio de chamarizes como festas, coquetéis, sorteios, jogos em geral, num clima 'emocional' de consumo, como diria Cláudia Lima Marques, deve receber proteção do Código consumerista" (TJSP –Agravo de Instrumento 0000882-84.2008.8.26.0000 – Rel. Felipe Ferreira – Comarca: Barretos – 26ª Câmara de Direito Privado – j. 28.01.2008 – Data de registro: 07.02.2008). Constata-se que tais situações fugiram da abrangência do PL 281/2012. Quem sabe não seria o caso de incluí-las no CDC, na esteira dos acórdãos e doutrinas citados.

Para findar o presente tópico, deve ficar claro que a boa-fé objetiva deve estar presente para o exercício desse direito de arrependimento por parte do consumidor. Justamente para se evitar abusos é que o prazo de reflexão é exíguo, de apenas sete dias, conforme lecionam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery.[52]

Em outras palavras, não pode o consumidor agir no exercício deste direito em abuso, desrespeitando a boa-fé e a função social do negócio, servindo como parâmetro o art. 187 do CC/2002, mais uma vez em *diálogo das fontes*. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de alguém que utiliza um serviço prestado pela internet e sempre se arrepende, de forma continuada, para nunca pagar pelo consumo. Por óbvio que a norma está sendo aplicada em desrespeito ao seu escopo principal, não podendo a conduta do consumidor ser premiada. Ainda ilustrando, não pode o consumidor "*voltar atrás"* em relação às informações prestadas pela internet, caindo em contradição, aplicando-se a máxima que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*). Nesse sentido, da jurisprudência gaúcha:

> "Consumidor. Contrato. Rastreamento veicular. Cientificação de cláusula de multa para rescisão antecipada. Pedido contraposto. Limitação de reembolso de despesas. I. Não prospera a pretensão à desobrigação de cláusula contratual da qual a consumidora, em que pese tenha contratado o serviço por telefone, foi efetivamente cientificada, não só ao receber uma via do contrato pelo correio e não exercer o direito de arrependimento no prazo do art. 49 do CDC, mas também ao aceitar expressamente as condições gerais do contrato através da internet. II. Acolhimento da pretensão recursal atinente à limitação das despesas reembolsáveis à parte contrária. Recurso provido em parte. Unânime" (TJRS – Recurso Cível 71001678457, Porto Alegre – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. João Pedro Cavalli Júnior – j. 17.07.2008 – *DOERS* 22.07.2008, p. 102).

Encerrada a abordagem do direito de arrependimento a favor do consumidor, parte-se ao estudo da garantia contratual consagrada pelo art. 50 da Lei 8.078/1990.

5.6. A GARANTIA CONTRATUAL DO ART. 50 DA LEI 8.078/1990

A garantia contratual constitui modalidade de decadência convencional, sendo o prazo concedido geralmente pelo vendedor para ampliar o direito potestativo dado pela lei ao comprador de determinado bem de consumo. A título de ilustração, cite-se a comum *garantia estendida*, fornecida quando da venda de eletrodomésticos ou da prestação de serviços cotidianos.

A categoria está tratada pelo art. 50 da Lei 8.078/1990, consagrando o seu *caput* o caráter complementar da garantia contratual em relação à garantia legal. Como bem pontuam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, é inadmissível substituir a garantia legal pela contratual, pois a primeira é obrigatória e inderrogável, enquanto a última é meramente complementar.[53] Não se olvide que os prazos de garantia legal são aqueles previstos no art. 26 do CDC, ou seja, trinta dias para os bens não duráveis e noventa dias para os bens duráveis.

O caráter de complementaridade da garantia contratual em relação à legal é muito bem explorado por Rizzatto Nunes, que apresenta a sua correta interpretação, no sentido de que "complementar significa que se soma o prazo de garantia ao prazo contratual".[54] Apresenta então o magistrado mais um didático exemplo, que auxilia em muito na compreensão da categoria consumerista:

> "Portanto, não se deve confundir prazo de reclamação com garantia legal de adequação.
>
> Se o fornecedor dá *prazo* de garantia contratual (até a Copa de 2002, um, dois anos etc.), *dentro* do tempo garantido até o fim (inclusive último dia), o produto não pode apresentar vício. Se *apresentar*, o consumidor tem o direito de reclamar, que se estende até 30 ou 90 dias após o término da garantia.
>
> Se o fornecedor não dá prazo, então os 30 ou 90 dias correm do dia da aquisição ou término do serviço. Claro que sempre haverá, como vimos, a hipótese de *vício oculto*, que gera início do prazo para reclamar apenas quando ocorre".[55]

Fica claro, portanto, a ideia de *soma dos prazos (garantia contratual + garantia legal)*, conforme igualmente defendem Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem.[56] Insta anotar que julgado do Superior Tribunal de Justiça deu outra interpretação para a hipótese, entendendo não se tratar de soma dos prazos, mas de aplicação analógica e em complemento do art. 26 do CDC. Na verdade, a solução, ao final, foi exatamente a mesma. Vejamos a ementa, que reproduz um bom resumo a respeito dos problemas referentes às garantias no sistema consumerista:

> "Consumidor. Responsabilidade pelo fato ou vício do produto. Distinção. Direito de reclamar. Prazos. Vício de adequação. Prazo decadencial. Defeito de segurança. Prazo prescricional. Garantia legal e prazo de reclamação. Distinção. Garantia contratual. Aplicação, por analogia, dos prazos de reclamação atinentes à garantia legal. No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação. Observada a classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros. O CDC apresenta duas regras distintas para regular o direito de reclamar, conforme se trate de vício de adequação ou

defeito de segurança. Na primeira hipótese, os prazos para reclamação são decadenciais, nos termos do art. 26 do CDC, sendo de 30 (trinta) dias para produto ou serviço não durável e de 90 (noventa) dias para produto ou serviço durável. A pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço vem regulada no art. 27 do CDC, prescrevendo em 5 (cinco) anos. A garantia legal é obrigatória, dela não podendo se esquivar o fornecedor. Paralelamente a ela, porém, pode o fornecedor oferecer uma garantia contratual, alargando o prazo ou o alcance da garantia legal. A lei não fixa expressamente um prazo de garantia legal. O que há é prazo para reclamar contra o descumprimento dessa garantia, o qual, em se tratando de vício de adequação, está previsto no art. 26 do CDC, sendo de 90 (noventa) ou 30 (trinta) dias, conforme seja produto ou serviço durável ou não. Diferentemente do que ocorre com a garantia legal contra vícios de adequação, cujos prazos de reclamação estão contidos no art. 26 do CDC, a lei não estabelece prazo de reclamação para a garantia contratual. Nessas condições, uma interpretação teleológica e sistemática do CDC permite integrar analogicamente a regra relativa à garantia contratual, estendendo-lhe os prazos de reclamação atinentes à garantia legal, ou seja, a partir do término da garantia contratual, o consumidor terá 30 (bens não duráveis) ou 90 (bens duráveis) dias para reclamar por vícios de adequação surgidos no decorrer do período desta garantia. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 967.623/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 16.04.2009 – *DJe* 29.06.2009).

Destaque-se a existência de um outro julgado do STJ, publicado no seu *Informativo 463*, que parece dar a correta interpretação da soma dos prazos, conforme se depreende da seguinte publicação: "Prazo. Decadência. Reclamação. Vícios. Produto. A Turma reiterou a jurisprudência deste Superior Tribunal e entendeu que o termo *a quo* do prazo de decadência para as reclamações de vícios no produto (art. 26 do CDC), no caso, um veículo automotor, dá-se após a garantia contratual. Isso acontece em razão de que o adiamento do início do referido prazo, em tais casos, justifica-se pela possibilidade contratualmente estabelecida de que seja sanado o defeito apresentado durante a garantia. Precedente citado: REsp 1.021.261-RS, *DJe* 06.05.2010" (STJ – REsp 547.794-PR – Rel. Min. Maria Isabel Gallotti – j. 15.02.2011).

Questão de debate refere-se à possibilidade de se cobrar pela garantia contratual concedida, o que é usual na prática da *garantia estendida*. O que se entende de forma majoritária é que tal garantia contratual somente pode ser cobrada se efetivamente contratada, o que não pode ser presumido na espécie, sob pena de responsabilização civil do fornecedor. Nessa linha de dedução, vejamos duas recentes ementas de Tribunais Estaduais:

"Recurso inominado. Contrato de compra e venda de aparelho de ar condicionado. Garantia estendida não contratada. Cobrança indevida. Restituição em dobro. Inocorrência de danos morais. Procedência parcial dos pedidos. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Improvimento do recurso" (TJBA – Recurso 0001911-05.2009.805.0103-1 – Terceira Turma Recursal – Rel. Juiz Marcelo Silva Britto – *DJBA* 14.02.2011).

"Consumidor. Aquisição de televisão. Cobrança de taxa de garantia estendida. Não contratação. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Cobrança indevida. Conduta abusiva. Direito à desconstituição do débito e à devolução dos valores pagos indevidamente. 1. Ilegitimidade passiva da recorrente afastada, vez que a cobrança indevida foi incluída nas cobranças efetuadas pela ré, logo, figura como fornecedor responsável perante o consumidor. Se não é a ré capaz de cancelar o serviço não solicitado deve abster-se de incluí-lo em suas faturas. 2. Ré não se desincumbiu do ônus que lhe competia de comprovar a contratação da garantia estendida pela parte autora. Aliás, prova de fácil produção para a ré, visto que detém grande aporte técnico. 3. Restituição em dobro dos valores indevidamente pagos, que se impõe, com base no art. 42, parágrafo único, do CDC. Negaram provimento ao recurso" (TJRS – Recurso Cível 71002673820, Porto Alegre – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Heleno Tregnago Saraiva – j. 12.08.2010 – *DJERS* 19.08.2010).

O *caput* do art. 50 do CDC ainda prenuncia que a garantia contratual deve ser concebida por escrito pelo fornecedor de produtos ou prestador de serviços, o que é denominado como *termo de garantia*. A norma está em sintonia com o dever de informar próprio da boa-fé objetiva. Como bem pondera Ezequiel Morais, apesar da informalidade que rege os contratos civis ou de consumo (art. 107 do CC), a garantia contratual exige forma escrita, o que é reconhecido também em outras fontes

do Direito Comparado, caso das normas italianas.[57] A norma visa a dar maior segurança aos consumidores, para a tutela efetiva dos seus direitos.

Em complemento, estipula o parágrafo único do art. 50 que o termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada, em que consiste a garantia, especialmente o seu lapso temporal. Além disso, deve indicar a forma e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor. Em suma, as informações constantes do termo devem ser completas e precisas, para o seu devido exercício por parte do vulnerável negocial.

O art. 50, parágrafo único, do CDC ainda preceitua que o termo de garantia deve ser efetivamente entregue e preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instruções, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações. O desrespeito a tais deveres inerentes à boa-fé objetiva pode gerar a responsabilização do fornecedor ou prestador, nas hipóteses de danos causados aos consumidores.

Para encerrar a análise do tema, cumpre trazer a lume mais um debate envolvendo os vícios redibitórios tratados pelo Código Civil, em *diálogo das fontes*. Enuncia o art. 446 do CC/2002 que "Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência". O dispositivo sempre gerou dúvidas, desde a entrada em vigor do Código Civil. Esclareça-se que os "prazos do artigo antecedente" são os prazos decadenciais de trinta dias, cento e oito dias e um ano para a reclamação dos vícios redibitórios.

Em verdade, trata o comando legal de prazo de garantia convencional que independe do legal e vice-versa, exatamente como consta do CDC. O art. 50 da Lei 8.078/1990 serve perfeitamente para a interpretação do preceito privado, por meio de um *diálogo de complementaridade*. Assim, na vigência de prazo de garantia (decadência convencional), não correrão os prazos legais (decadência legal). Porém, diante do dever anexo de informação, inerente à boa-fé objetiva, o alienante deverá denunciar o vício no prazo de trinta dias contados do seu descobrimento, sob pena de decadência. A dúvida relativa ao dispositivo gira em torno da decadência mencionada ao seu final. Essa decadência se refere à perda da garantia convencional ou à perda do direito de ingressar com as ações edilícias?

Na opinião deste autor, a decadência referenciada no final do art. 446 do CC está ligada à perda do direito de garantia e não ao direito de ingressar com as ações edilícias fundadas em vícios redibitórios. Sendo assim, findo o prazo de garantia convencional, ou não exercendo o adquirente o direito no prazo de 30 dias fixado no art. 446 do CC, iniciam-se os prazos legais previstos no art. 445 do CC. Essa é a melhor interpretação, dentro da ideia de justiça, pois, caso contrário, seria pior aceitar um prazo de garantia convencional, uma vez que o prazo de exercício do direito é reduzido para trinta dias. Interpretando dessa forma, leciona Maria Helena Diniz que "com o término do prazo de garantia ou não denunciando o adquirente o vício dentro do prazo de trinta dias, os prazos legais do art. 445 iniciar-se-ão".[58] Anote-se, para encerrar a seção, que essa solução de complementaridade dos prazos no sistema civil já é aplicada pela melhor jurisprudência nacional (TJRS – Recurso 34989-90.2010.8.21.9000, Três de Maio – Segunda Turma Recursal Cível – Rel. Des. Fernanda Carravetta Vilande – j. 13.04.2011 – *DJERS* 19.04.2011).

5.7. AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

ANÁLISE DO ROL EXEMPLIFICATIVO DO ART. 51 DA LEI 8.078/1990 E SUAS DECORRÊNCIAS

Sintonizado com os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, o art. 51 da Lei 8.078/1990 consagra um rol exemplificativo ou *numerus apertus* de cláusulas abusivas, consideradas como nulas de pleno de direito nos contratos de consumo (nulidade absoluta ou tão somente nulidade). Esclareça-se que a expressão *cláusulas abusivas* é mais contemporânea, para substituir o antigo termo *cláusulas leoninas*, que remonta ao Direito Romano.

A natureza meramente exemplificativa, tema praticamente pacífico em sede doutrinária e jurisprudencial em nosso País, fica clara pela redação do *caput* do comando em estudo ("São nulas de pleno direito, *entre outras*, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que" – com destaque por este autor). Como bem aponta Cristiano Heineck Schmitt, em trabalho monográfico sobre a matéria, "Todas essas situações exprimem contrariedade à boa-fé, mas o legislador preferiu ser meticuloso, explicitando cada uma delas, as quais servem de auxílio ao juiz, sem limitar a sua atividade, uma vez que esse rol é apenas exemplificativo. A não adequação do caso concreto ao rol do art. 51 do CDC não impedirá a atividade meticulosa do magistrado na análise das cláusulas do instrumento, a fim de comprovar a abusividade ou não de uma ou de todas elas".[59]

As cláusulas são consideradas ilícitas pela presença de um *abuso de direito contratual*. Além da nulidade absoluta, é possível reconhecer que, presente o dano, as cláusulas abusivas podem gerar o dever de reparar, ou seja, a responsabilidade civil do fornecedor ou prestador.

O art. 51 do CDC representa uma das mais importantes mitigações da força obrigatória da convenção (*pacta sunt servanda*) na realidade brasileira, o que reduz substancialmente o poder das partes, em situação de profundo intervencionismo ou dirigismo contratual. Antes do estudo das consequências concretas da nulidade, vejamos, pontualmente, as cláusulas que são descritas como nulas pelo preceito legal.

5.7.1. Cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (art. 51, inc. I, do CDC)

A norma repete a vedação da *cláusula de não indenizar* ou *cláusula de irresponsabilidade* para os contratos de consumo, já tratada pelo art. 25 da Lei 8.078/1990, considerada nula de pleno direito. Além da cláusula de exclusão total da responsabilidade do fornecedor ou prestador, não tem validade a cláusula que atenua o dever de reparar dos fornecedores ou prestadores em detrimento do consumidor. Na verdade, conforme exposto no capítulo anterior desta obra, tal atenuação somente é admitida nos casos de fato ou culpa concorrente do consumidor, o que decorre das circunstâncias fáticas e não do que foi pactuado. A título de exemplo, se um frequentador de academias assina um termo de autorresponsabilidade, não se pode afastar total ou parcialmente a responsabilidade da prestadora por força do contrato, o que somente é possível pelo fato ou risco assumido pelo próprio consumidor.

Como ilustração concreta de falta de vinculação da cláusula de não indenizar na realidade dos contatos de consumo, cite-se a conhecida placa encontrada em estacionamentos, com dizeres próximos a "O estacionamento não se responsabiliza por objetos deixados no interior do veículo".

Ora, o estacionamento deve, sim, responder pela segurança no seu interior, o que é inerente à própria contratação, pois esse é o fator buscado pelos consumidores (*causa contratual*). Nesse sentido, repise-se o teor da Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento". Apesar dessa responsabilização pelo furto, não se pode esquecer que as empresas de estacionamentos – excluídos os relativos aos bancos – não respondem pelo assalto à mão armada, pois tal fato escapa do risco do empreendimento ou risco do negócio ofertado (ver, por todos: STJ – REsp 1.232.795/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 02.04.2013, publicado no seu *Informativo* n. *521*).

Destaque-se, ato contínuo de ilustração, a Súmula 302 do STJ, que determina a nulidade por abusividade da cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. A cláusula é claramente antissocial, por mais uma vez violar a própria concepção do negócio jurídico celebrado. Cite-se, ainda, o teor da Súmula 112 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo a qual é nula, por ser abusiva, a cláusula que exclui de cobertura de componente que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como *stent* e marca-passo.

Como uma última concreção do art. 51, I, do CDC, o Tribunal Paulista considerou nula a cláusula contratual que afasta a responsabilidade de empresa de loteamento pelo atraso na entrega da obra (TJSP – Apelação 994.09.288608-0 – Acórdão 4713819, São Paulo – Quarta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – j. 09.09.2010 – *DJESP* 06.10.2010). Mais uma vez, nas esteira das hipóteses acima, nota-se o afastamento de cláusula contratual, por entrar em conflito com a própria causa do negócio jurídico celebrado.

5.7.2. Cláusulas que subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga (art. 51, inc. II, do CDC)

O fundamente da previsão é a antiga máxima de vedação do enriquecimento sem causa, retirada do atual Código Civil (arts. 884 a 886). Especificamente, o art. 53 do mesmo CDC estabelece a nulidade, nos contratos de financiamento em geral, da *cláusula de decaimento* ou *perdimento*, que encerra a perda de todas as parcelas pagas, mesmo nas hipóteses de inadimplemento. O tema será aprofundado ainda no presente capítulo.

A propósito de uma interessante incidência da previsão do art. 51 do CDC, concluiu o Tribunal Paulista pelo direito de reembolso relativo a medicamento para tratamento hepático, o que estaria dentro da cobertura do plano de saúde, reconhecendo-se a nulidade absoluta da cláusula em contrário (TJSP – Apelação 0477776-65.2010.8.26.0000 – Acórdão 4964682, São Paulo – Quinta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Silvério Ribeiro – j. 09.02.2011 – *DJESP* 14.03.2011).

5.7.3. Cláusulas que transfiram responsabilidades a terceiros (art. 51, inc. III, do CDC)

A abusividade é patente por afetar o sistema de solidariedade e de responsabilidade objetiva adotado pelo Código Consumerista, havendo previsão no mesmo sentido no art. 25 da Lei 8.078/1990. A cláusula é nula, ainda, por se afastar da ideia de *risco-proveito* consagrado pelo CDC. Desse modo, é nula a cláusula que transfere a responsabilidade para uma seguradora, pois, na verdade, o consumidor tem, em regra, a livre escolha em optar contra quem demandar.

Na mesma linha, o Tribunal do Paraná pronunciou que "Não pode a construtora pretender responsabilizar o banco pelo atraso da entrega da obra, sob a rubrica da força maior, por este haver descumprido promessa de repasse de financiamento, vez que se trata de negócio *inter alios acta*, ou seja, relação jurídica alheia e que não tem o condão de interferir no direito do consumidor em receber os imóveis já quitados. III. Consoante a inteligência do art. 51, III, do CDC, é nula qualquer cláusula contratual em que se transfira a terceiro a responsabilidade do negócio inadimplido, significando que à construtora não cabe transferir ao consumidor os riscos assumidos pelo financiamento mal sucedido. (...)" (TJPR – Recurso 181115-6 – Acórdão 1582, Curitiba – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Rubens Oliveira Fontoura – j. 07.11.2005).

5.7.4. Cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, inc. IV, do CDC)

Eis aqui o mais festejado inciso do art. 51 do CDC, por trazer um sistema totalmente aberto, que pode englobar uma série de situações, em especial pelas menções à boa-fé e à equidade. Da última, aliás, extrai-se a ideia de justiça contratual, inerente à *eficácia interna da função social do contrato*. Confirma-se, sem dúvidas, que o rol do art. 51 é totalmente ilustrativo. Como bem ponderam Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, o preceito consagra uma *cláusula geral sobre cláusulas abusivas no CDC*, a incluir a lesão, instituto clássico do Direito Privado.[60]

Aponta Paulo R. Roque Khouri, citando Ruy Rosado, que o inciso IV do art. 51 consagrou a *cláusula geral da lesão enorme*, eis que "o CDC recuperou o instituto da lesão, que havia sido abolido pelo Código Civil brasileiro. Na lesão, como dito anteriormente, o desequilíbrio se manifesta na cláusula-preço. O consumidor estará pagando, por um produto ou serviço, valor excessivamente oneroso. Evidente que, se o consumidor paga por um bem ou serviço valor desproporcional ao objeto contratado, não se pode negar que este contrato nasceu desequilibrado. E aqui o objetivo é prestar ao consumidor a proteção em uma cláusula essencial de qualquer contrato oneroso, a cláusula-preço".[61]

Cumpre anotar que o Código Civil de 2002 consagrou a lesão como vício do consentimento, a gerar a anulação do negócio jurídico correspondente (arts. 157 e 171 do CC). Todavia, a lesão civilista tem uma feição subjetiva, por exigir a premente necessidade ou inexperiência, ao lado da onerosidade excessiva. A lesão tratada pelo art. 51, inc. IV, é uma *lesão objetivada*, como o é todo o sistema consumerista; bastando o mero desequilíbrio pela quebra da boa-fé e da função social para a sua configuração. Ato contínuo, a lesão consumerista gera a nulidade absoluta e não relativa do contrato, trazendo uma consequência de maior gravidade. Eis aqui mais uma importante confrontação

entre o CDC e o CC/2002, na linha do *diálogo das fontes* que inspira o presente estudo.

A respeito do conteúdo de uma cláusula tida como exagerada, a colocar o consumidor em posição em desvantagem, o § 1º do art. 51 traz alguns parâmetros exemplificativos. Nesse contexto, a norma presume como exagerada, entre outros casos, a vontade que: *a)* ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; *b)* restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; *c)* se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. Diante do sistema protecionista colocado à disposição dos consumidores, este autor entende que as presunções citadas são absolutas ou *iure et de iure*, não admitindo declinação ou previsão em contrário.

Como primeiro exemplo de cláusula abusiva por representar lesão objetiva, anote-se o teor do Enunciado 432, da *V Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça (2011): "Em contratos de financiamento bancário, são abusivas cláusulas contratuais de repasse de custos administrativos (como análise do crédito, abertura de cadastro, emissão de fichas de compensação bancária etc.), seja por estarem intrinsecamente vinculadas ao exercício da atividade econômica, seja por violarem o princípio da boa-fé objetiva". De toda sorte, infelizmente, a tendência da jurisprudência superior é entender pela possibilidade de cobrança de tais valores pelas entidades bancárias, como fez o STJ, em 2013, em relação à taxa de abertura de crédito (TAC) e à taxa de emissão de carnê ou boleto (TEC). O tema ainda será retomado no presente capítulo.

Outra interessante concretização de cláusula que representa a renúncia de um direito inerente ao contrato envolve a exceção de contrato de não cumprido e a cláusula *solve et repete*, exemplo retirado do raciocínio de Nelson Nery Jr.[62] Como é notório, para os contratos bilaterais – aqueles com direitos e deveres para ambas as partes –, vale a máxima da exceção de contrato não cumprido, antes explicada (art. 476 do CC). Repisando, em tais negócios, não pode uma parte contratual exigir que a outra cumpra com a sua obrigação, se não cumprir com a própria. Porém, desde os primórdios jurídicos, admite-se a validade e eficácia da cláusula *solve et repete* ou *cláusula paga e depois pede*, a afastar a invocação da exceção de contrato não cumprido. Ora, como tal cláusula representa uma renúncia a um direito reconhecidamente inerente aos contratos bilaterais, sustenta-se a sua nulidade quando inserida em contratos de consumo.[63]

Pois bem, diante da existência de milhares de julgados que fazem incidir a regra do inc. IV do art. 51, presumindo muitas vezes a desvantagem nos moldes do exposto, vejamos apenas algumas decisões ilustrativas do Superior Tribunal de Justiça, para que a efetividade da citada cláusula geral fique bem delineada. De início, pronuncia-se a respeito de dívida em contrato bancário que "A orientação desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que permite a emissão da nota promissória em favor do banco caracteriza-se como abusiva, porque violadora do princípio da boa-fé, consagrado no art. 51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor" (STJ – AgRg no REsp 1.025.797/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 10.06.2008 – *DJe* 20.06.2008).

Ato contínuo, já se entendeu na hipótese de o contrato bancário prever a incidência de juros remuneratórios, porém sem lhe precisar o montante, que está correta a decisão que considera nula tal cláusula, por desrespeito à boa-fé objetiva (STJ – REsp 715.894/PR – Segunda Seção – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 26.04.2006 – *DJ* 19.03.2007, p. 284). Eis aqui uma situação típica de

desvantagem ao consumidor, em clara situação de onerosidade excessiva e desrespeito ao dever de informar decorrente da boa-fé objetiva.

Além disso, o mesmo STJ conclui com justiça que "É abusiva a cláusula prevista em contrato de plano de saúde que suspende o atendimento em razão do atraso de pagamento de uma única parcela. Precedente da Terceira Turma. Na hipótese, a própria empresa seguradora contribuiu para a mora, pois, em razão de problemas internos, não enviou ao segurado o boleto para pagamento. II. É ilegal, também, a estipulação que prevê a submissão do segurado a novo período de carência, de duração equivalente ao prazo pelo qual perdurou a mora, após o adimplemento do débito em atraso. III. Recusado atendimento pela seguradora de saúde em decorrência de cláusulas abusivas, quando o segurado encontrava-se em situação de urgência e extrema necessidade de cuidados médicos, é nítida a caracterização do dano moral. Recurso provido" (STJ – REsp 259.263/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 02.08.2005 – *DJ* 20.02.2006, p. 330).

Ademais, foram reconhecidas como nulas as cláusulas que permitiam às construtoras dispor do imóvel alienado a terceiros, instituindo hipoteca em favor do banco, outra típica situação de onerosidade excessiva ou desequilíbrio negocial em prejuízo ao consumidor (STJ – REsp 410.306/DF – Quarta Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 27.08.2002 – *DJ* 07.10.2002, p. 265). Além disso, para o mesmo Tribunal, no seguro de automóvel, em caso de perda total, a indenização a ser paga pela seguradora deve tomar como base a quantia ajustada na apólice. Sendo assim, é abusiva a cláusula que inclui na apólice um valor, sobre o qual o segurado paga o prêmio, e pretender indenizá-lo por valor menor, correspondente ao preço de mercado, estipulado pela própria seguradora (STJ – REsp 191.189/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Nilson Naves – Rel. p/Acórdão Min. Waldemar Zveiter – j. 05.12.2000 – *DJ* 05.03.2001, p. 154; e STJ – REsp 176.890/MG – Segunda Seção – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 22.09.1999 – *DJ* 19.02.2001, p. 130).

Apesar de todos esses exemplos louváveis da Corte Superior, em alguns casos não se aplica bem o dispositivo consumerista em comento. Cite-se, a título de exemplo, o reconhecimento da *cláusula de fidelização* considerada, "em regra, legítima em contrato de telefonia. Isso porque o assinante recebe benefícios em contrapartida à adesão dessa cláusula, havendo, além disso, a necessidade de garantir um retorno mínimo à empresa contratada pelas benesses conferidas. Precedente citado: AgRg no REsp 1.204.952/DF, *DJe* de 20/8/2012" (STJ – AgRg no AREsp 253.609/RS – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 18.12.2012. Ver, mais recentemente: STJ – REsp 1.097.582/MS – Quarta Turma – Rel. Min. Marco Buzzi – j. 19.03.2013, *DJE* 08.04.2013).

Com o devido respeito, o presente autor está alinhado aos julgados estaduais que concluem de maneira diversa, no sentido de que "a cláusula de fidelização é abusiva, na medida em que coloca o consumidor em posição extremamente desvantajosa e desigual, violando, ainda, a livre concorrência e os princípios da confiança, da transparência, da informação, bem como da boa-fé objetiva. Demonstrada a nulidade da cláusula de fidelidade, o reconhecimento do caráter indevido da cobrança efetuada a este título é mero corolário lógico. A existência dos danos morais no caso vertente é *in re ipsa*, ou seja, decorre automaticamente da negativação do nome do consumidor no cadastro de inadimplentes, sendo prescindível a comprovação de efetivo prejuízo, na medida em que o mesmo é presumido" (TJMG – Apelação Cível 1.0024.10.030764-4/001 – Rel. Des. Rogério Medeiros – j. 17.01.2013, *DJEMG* 25.01.2013).

Por fim, algumas palavras devem ser ditas em relação à chamada *cláusula-surpresa*, que

constava do art. 51, inc. V, da Lei 8.078/1990, dispositivo que foi vetado pelo então Presidente da República. O texto tinha a seguinte redação, ao reconhecer a nulidade das cláusulas contratuais que, "Segundo as circunstâncias e, em particular, segundo a aparência global do contrato, venham, após sua conclusão, a surpreender o consumidor". As razões do veto foram: "Reproduz, no essencial, o que já está explicitado no inciso IV. É, portanto, desnecessário".

Pelo conteúdo do veto, como expõe a doutrina, a *cláusula-surpresa* é vedada pela previsão do comando em análise, havendo desrespeito à boa-fé objetiva pelo rompimento das justas expectativas depositadas pelo consumidor.[64] Aplicando tal premissa, do Tribunal de Minas Gerais: "A cláusula constante de contrato de adesão, prevendo a cobrança de comissão de permanência à taxa de mercado, por ser incerta e causar surpresa ao mutuário, é ilegal e não pode produzir efeitos, devendo ser substituída pelo INPC, índice justo e aceitável para recompor o valor do capital emprestado" (TJMG – Apelação Cível 1.0145.06.342112-0/0011, Juiz de Fora – Décima Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes – j. 20.01.2009 – *DJEMG* 17.02.2009).

5.7.5. Cláusulas que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor (art. 51, inc. VI, do CDC)

Conforme outrora foi exposto, a inversão do ônus da prova constitui um *plus*, uma *arma diferenciada* a favor do consumidor nas demandas fundadas em produtos ou serviços. Diante dessa sua natureza, obviamente, é nula por abusividade a cláusula que estabeleça a citada *arma* em prejuízo ou contra o próprio consumidor. Ora, por razões óbvias de tutela dos vulneráveis, não se pode utilizar a *arma legal* criada em desfavor daquele que justificou a sua criação.

Em reforço, a consagração da responsabilidade objetiva como regra consumerista afasta a necessidade de o consumidor provar a culpa do fornecedor ou prestador, constituindo a cláusula que imponha o ônus da prova da culpa ao consumidor algo manifestamente excessivo, em claro flagrante ao sistema de proteção consumerista. Como bem exemplifica Bruno Miragem, na hipótese da presença de um vício do produto, não é lícita a exigência ao consumidor vulnerável da prova do mau funcionamento do bem adquirido, o que é flagrante afronta à proteção do consumidor quanto aos vícios.[65]

5.7.6. Cláusulas que determinem a utilização compulsória de arbitragem (art. 51, inc. VII, do CDC)

No plano contratual, o compromisso é o acordo de vontades por meio do qual as partes, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de seus conflitos de interesse, de cunho patrimonial. O compromisso, assim, é um dos meios jurídicos que pode conduzir à arbitragem, sendo tratado pelo CC/2002 na parte alusiva às várias espécies de contratos e regulamentado, ainda, pela Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem).

Nos dizeres de Carlos Alberto Carmona, a arbitragem constitui um "meio alternativo de solução de controvérsia através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial".[66] Para o jurista, portanto, a *arbitragem é jurisdição*, tendo sido esta a opção da Lei 9.307/1996, o que é compartilhado pelo presente autor. A partir das

lições transmitidas pelo doutrinador citado, em disciplina ministrada no curso de doutorado na Faculdade de Direito da USP, pode-se dizer que *o compromisso é contrato, a arbitragem é jurisdição; o compromisso é um contrato que gera efeitos processuais*.

Conforme estipula o art. 852 do CC, a arbitragem restringe-se somente a *direitos patrimoniais disponíveis*, não podendo atingir os direitos da personalidade ou inerentes à dignidade da pessoa humana, visualizados pelos arts. 11 a 21 do Código Civil em vigor. Isso acaba justificando o teor do art. 51, VI, da Lei 8.078/1990, eis que a proteção dos direitos do consumidor, com *status* constitucional, está mais próxima desses direitos existenciais relativos à proteção da pessoa. Há quem critique a vedação consumerista, caso de Carlos Alberto Carmona, que vê na arbitragem um importante mecanismo de exercício da autonomia privada e de solução de disputas.

Não se pode confundir a *arbitragem* com a *mediação*. Na arbitragem, os árbitros nomeados decidem questões relativas a uma obrigação de cunho patrimonial. Na mediação, os mediadores buscam a facilitação do diálogo entre as partes para que elas mesmas se componham. A mediação pode estar relacionada com direitos personalíssimos, não havendo qualquer óbice de sua utilização para as contendas relativas a consumidores. Deve ficar claro que tanto a arbitragem quanto a mediação situam-se como mecanismos *adequados* e *alternativos* de solução dos conflitos, a par da tendência de *desjudicialização das contendas*, ou seja, de "fuga do Judiciário".[67]

O art. 853 do CC/2002 consagra a possibilidade da *cláusula compromissória* (*pactum de compromittendo*), para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida pela Lei 9.307/1996. Nesse sentido, prevê o art. 4º da referida lei que "a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Em regra, a referida cláusula vincula as partes, sendo obrigatória, diante do princípio da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*). No que se refere aos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula (art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/1996). Porém, como restou claro, nos contratos de consumo, a cláusula de arbitragem compulsória é considerada nula, o que representa uma diferenciação importante entre os negócios de adesão e de consumo.

5.7.7. Cláusulas que imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor (art. 51, inc. VIII, do CDC)

Conforme se extrai da melhor doutrina, o comando em questão trata da chamada *cláusula-mandato*, pela nomeação de um mandatário impositivo pelo consumidor.[68] A cláusula é considerada abusiva pela presunção absoluta de um desequilíbrio, afastando do vulnerável negocial o exercício efetivo de seus direitos.

Na jurisprudência podem ser encontradas várias aplicações da norma, caso das decorrências da Súmula 60 do STJ, segundo a qual "é nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste". O teor da súmula tem relação com a vedação

da autocontratação. Como exemplo de sua incidência nas relações de consumo, vejamos ementa daquele Tribunal Superior:

> "Processo civil. Recurso especial. Agravo regimental. Contrato bancário. Nota promissória. Cláusula mandato. Violação ao art. 51, IV, CDC. Súmula 60/STJ. Nulidade. Desprovimento. 1. É nula a cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar, para cobrança, título de crédito representativo de qualquer quantia em atraso. Isto porque tal cláusula não se coaduna com o contrato de mandato, que pressupõe a inexistência de conflitos entre mandante e mandatário. Precedentes (REsp 504.036/RS e AgRgAg 562.705/RS). 2. Ademais, a orientação desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que permite a emissão da nota promissória em favor do banco/embargado, caracteriza-se como abusiva, porque violadora do princípio da boa-fé, consagrado no art. 51, inc. IV do Código de Defesa do Consumidor. Precedente (REsp 511.450/RS). 3. Agravo regimental desprovido" (STJ – AgRg no REsp 808.603/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 04.05.2006 – *DJ* 29.05.2006, p. 264).

No que concerne aos contratos celebrados para a aquisição da casa própria, a jurisprudência tem concluído que "É ilegal e abusiva a cláusula por meio da qual, em contratos do sistema financeiro da habitação, os mutuários conferem mandato à CEF para: assinar cédulas hipotecárias; assinar escritura de retificação, ratificação e aditamento do contrato de mútuo; receber indenização da seguradora; representá-los com poderes amplos em caso de desapropriação do imóvel (TRF da 1ª Região – Apelação Cível 199833000193031 – Quinta Turma – Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado) – j. 17.04.2009). O art. 51, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável aos contratos bancários, veda expressamente a estipulação de cláusula contratual que imponha ao consumidor a constituição de representante ou mandatário para concluir ou realizar outro negócio em seu nome. Ademais, há potencial conflito de interesses entre a credora (CEF) e os devedores (mutuários) no que tange à execução do contrato e aos seus efeitos, tornando possível a utilização do mandato em detrimento do mandante, o que foge à sua natureza. (...)" (TRF da 1ª Região – Apelação Cível 2001.33.00.001074-0, Bahia – Quinta Turma – Rel. Des. Fed. Fagundes de Deus – j. 06.12.2010 – *DJF1* 17.12.2010, p. 1.685).

Por fim, em relação aos contratos de cartão de crédito, tem-se entendido de forma correta que se afigura nula por abusividade a cláusula contratual firmada no sentido de colocar o devedor na condição de mandante, concedendo poderes para a empresa prestadora do crédito contrair financiamento em instituições financeiras (TJMG – Apelação Cível 1.0024.04.257745-2/0011, Belo Horizonte – Décima Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Alvimar de Ávila – j. 28.05.2008 – *DJEMG* 07.06.2008; TJSP – Apelação 1140258-1 – Acórdão 2722617, São Paulo – Décima Nona Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Ricardo José Negrão Nogueira – j. 07.07.2008 – *DJESP* 12.08.2008; e TJMG – Apelação Cível 1.0024.03.038225-3/0011, Belo Horizonte – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza – j. 31.10.2007 – *DJEMG* 29.02.2008).

5.7.8. Cláusulas que deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor (art. 51, inc. IX, do CDC)

Como bem pondera Bruno Miragem, trata-se de situação de *cláusula puramente potestativa*, pois deixa o negócio ao livre arbítrio apenas do fornecedor ou prestador.[69] No conteúdo do inciso há uma clara vedação da falta de equivalência contratual, em que o fornecedor tem um direito sem a devida correspondência jurídica em relação à outra parte. Deve ficar claro que o termo *concluir* quer dizer formar ou constituir o negócio jurídico, tendo o comando incidência na fase pré-contratual

ou de oferta. A título de exemplo, imagine-se uma hipótese de celebração de um orçamento, em que conste a opção do prestador não celebrar o contrato definitivo. A cláusula deve ser tida como nula também por entrar em conflito com a força vinculativa do orçamento, retirada do art. 40 do CDC.

5.7.9. Cláusulas que permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral (art. 51, inc. X, do CDC)

O reconhecimento da abusividade tem relação com a vedação do enriquecimento sem causa, tendo o preceito grande aplicação no Brasil, diante de numerosos abusos cometidos. Além disso, a declaração de nulidade visa a manutenção do equilíbrio do negócio, de sua base objetiva. Como leciona Rizzatto Nunes, "A regra, é verdade, dirige-se aos casos em que o negócio já foi firmado, uma vez que, no sistema de liberdade de preços atualmente vigente no País, o valor inicialmente é fixado de forma livre pelo fornecedor. O que ele não pode é fazer modifica-lo para aumentá-lo após ter efetuado a transação".[70]

Para ilustrar, não pode uma escola valer-se de uma cláusula para aumentar sem qualquer justificativa a mensalidade inicialmente contratada, com vistas ao locupletamento sem razão. Do mesmo modo, o financiamento em crediário não pode trazer cláusulas que alteram substancialmente o preço no decorrer do negócio de trato sucessivo, gerando onerosidade excessiva (TJRS – Apelação Cível 70025540824, Novo Hamburgo – Décima Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Orlando Heemann Junior – j. 18.12.2008 – *DOERS* 12.01.2009, p. 72). A mesma premissa de vedação do desequilíbrio vale para os contratos de plano de saúde, como se tem reconhecido na prática, em que as empresas impõem aumentos abusivos com fundamento em cláusulas de variação unilateral (por todos: TJSP – Apelação APL 994.07.026282-4 – Acórdão 4668039, São Paulo – Primeira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk – j. 10.08.2010 – *DJESP* 10.09.2010; TJPR – Apelação Cível 0396304-0, Curitiba – Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Carvilio da Silveira Filho – *DJPR* 04.05.2009, p. 142; TJRS – Apelação Cível 2006.001.13644 – Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Milton Fernandes de Souza – j. 25.04.2006; e TJRS – Apelação Cível 70006640445, Porto Alegre – Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Ana Maria Nedel Scalzilli – j. 05.08.2004).

5.7.10. Cláusulas que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor (art. 51, inc. XI, do CDC)

O CDC encerra no inciso em comento um importante controle sobre o direito de resilição contratual, mais uma vez vedando uma cláusula puramente potestativa, denominada *cláusula de rescisão unilateral* ou *de cancelamento unilateral*. Reside por igual no conteúdo da norma a máxima que veda o comportamento contraditório, relacionada à boa-fé objetiva e às justas expectativas depositadas no negócio jurídico (*venire contra factum proprium non potest*).

A cláusula em questão merece um cuidado especial nos contratos cativos de longa duração, especialmente nos contratos de plano de saúde, em que a finalidade tem relação com a tutela da vida e da integridade físico-psíquica. Numerosos são os julgados que reconhecem a nulidade da referida cláusula em casos tais. A título de exemplo, do STJ, colaciona-se: "Consumidor. Plano de saúde. Cláusula abusiva. Nulidade. Rescisão unilateral do contrato pela seguradora. Lei 9.656/1998. É nula,

por expressa previsão legal, e em razão de sua abusividade, a cláusula inserida em contrato de plano de saúde que permite a sua rescisão unilateral pela seguradora, sob simples alegação de inviabilidade de manutenção da avença. Recurso provido" (STJ – REsp 602.397/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 21.06.2005 – *DJ* 01.08.2005, p. 443). Ainda, de forma contundente, do Tribunal do Rio Grande do Sul: "O cancelamento unilateral da apólice é inadmissível, sendo abusiva a cláusula que o prevê, nos termos do art. 51, IV e XI do CDC. A seguradora não pode impor ao segurado, depois de tantos anos de contratação, o cancelamento unilateral da apólice, pena de quebra do contrato. Dano moral não configurado, uma vez que o mero descumprimento contratual não dá ensejo a tal reparação" (TJRS – Apelação Cível 70030813992, Osório – Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho – j. 24.11.2010 – *DJERS* 02.12.2010).

5.7.11. Cláusulas que obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor (art. 51, inc. XII, do CDC)

Interpretando o dispositivo, Ezequiel Morais demonstra que o CDC não veda a estipulação que impõe ao consumidor o pagamento das despesas de cobrança em decorrência do inadimplemento, mas apenas determina que esse direito seja uma *via de mão dupla*, ou seja, somente será válida a cláusula se constar do mesmo modo contra o fornecedor.[71] Como ocorre com outras previsões já expostas, a norma visa a manter o equilíbrio contratual, a sua equivalência material e a boa-fé objetiva.

De toda sorte, mesmo constando o pagamento de tais despesas de forma bilateral, a cláusula de imposição não pode trazer uma onerosidade excessiva, sob pena de se configurar a abusividade por outro inciso do art. 51, caso do inc. IV, a gerar do mesmo modo a sua nulidade absoluta. A título de exemplo, pode ser citado o entendimento de Tribunais Estaduais no sentido de ser nula a cláusula contratual que impõe ao consumidor o pagamento de taxas que seriam da instituição financeira, caso da *TEC* ou *tarifa de emissão de carnê* (por todos: TJMG – Apelação Cível 2698226-67.2008.8.13.0024, Belo Horizonte – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza – j. 04.02.2011 – *DJEMG* 25.03.2011; TJDF – Recurso 2009.07.1.010285-9 – Acórdão 442.252 – Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Rel. Juíza Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro – *DJDFTE* 01.09.2010, p. 215; TJRS – Apelação Cível 70029096377, Novo Hamburgo – Segunda Câmara Especial Cível – Rel. Des. Lúcia de Fátima Cerveira – j. 29.09.2010 – *DJERS* 13.10.2010; e TJPR – Apelação Cível 0512247-4, Curitiba – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Vicente Del Prete Misurelli – *DJPR* 24.10.2008, p. 101).

Porém, repise-se que, infelizmente, o STJ acabou por concluir pela possibilidade da cobrança da citada taxa bancária, além da tarifa de abertura de crédito (Cf. REsp 1.251.331/RS e REsp 1.255.573/RS, julgados em setembro de 2013). Para o presente autor, trata-se de um claro equívoco, que coloca o consumidor em clara desvantagem, uma vez que os bancos já atingem lucros milionários em nosso País, por conta de outras taxas de serviços bancários que são cobradas e pelos altos juros decorrentes dos fornecimentos de créditos.

De toda sorte, ainda sobre o inciso em análise, do ano de 2013, cite-se aresto que deduziu pela

abusividade da cláusula contratual que atribui exclusivamente ao consumidor em mora a obrigação de arcar com os honorários advocatícios referentes à cobrança extrajudicial da dívida, sem exigir do fornecedor a demonstração de que a contratação de advogado fora efetivamente necessária e de que os serviços prestados pelo profissional contratado sejam privativos da advocacia. Conforme consta da publicação no *Informativo* n. *524* daquela Corte Superior, "é certo que o art. 395 do CC autoriza o ressarcimento do valor de honorários decorrentes da contratação de serviços advocatícios extrajudiciais. Todavia, não se pode perder de vista que, nos contratos de consumo, além da existência de cláusula expressa para a responsabilização do consumidor, deve haver reciprocidade, garantindo-se igual direito ao consumidor na hipótese de inadimplemento do fornecedor. Ademais, deve-se ressaltar que a liberdade contratual, integrada pela boa-fé objetiva, acrescenta ao contrato deveres anexos, entre os quais se destaca o ônus do credor de minorar seu prejuízo mediante soluções amigáveis antes da contratação de serviço especializado. Assim, o exercício regular do direito de ressarcimento aos honorários advocatícios depende da demonstração de sua imprescindibilidade para a solução extrajudicial de impasse entre as partes contratantes ou para a adoção de medidas preparatórias ao processo judicial, bem como da prestação efetiva de serviços privativos de advogado" (STJ – REsp 1.274.629/AP – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 16.05.2013). Por bem, esse último acórdão segue a linha desejada, de tutela efetiva dos direitos dos consumidores.

5.7.12. Cláusulas que autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração (art. 51, inc. XIII, do CDC)

Diante das justas expectativas depositadas no negócio, não pode o fornecedor modificar unilateralmente o contrato e sem qualquer motivo, sendo a sua cláusula autorizadora nula por abusividade. Consigne-se que Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem criticam o comando, pela utilização da expressão *qualidade*, que acaba restringindo a sua concretização.[72] Assim, a correta interpretação seria no sentido de se vedar qualquer alteração posterior do contrato, qualquer quebra das *regras do jogo*, a gerar um desequilíbrio ou uma situação de injustiça contra o consumidor. Cite-se, em conformidade com previsão anterior, a cláusula que altera o preço ou os juros inicialmente contratados pelas partes.

Em reforço, da realidade jurisprudencial, é nula a cláusula que muda as regras do plano de telefonia, sem qualquer fundamento (TJBA – Recurso 81957-3/2006-1 – Segunda Turma Recursal – Rel. Juiz Aurelino Otacílio Pereira Neto – *DJBA* 13.07.2009). Ou, ainda, é nula a cláusula contratual que afasta a possibilidade de devolução de valores pagos em contrato de serviços educacionais em caso de não reconhecimento do curso de mestrado pelos órgãos existentes, quebrando as expectativas depositadas quando da contratação inicial (TJSP – Apelação 7159326-9 – Acórdão 3922190, Santos – Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Roberto Bedaque – j. 24.06.2009 – *DJESP* 20.07.2009). Por fim, "A cláusula contratual que possibilita ao credor modificar unilateralmente o contrato após a sua celebração, aumentando o número de prestações devidas pelo contratante, deve ser reputada como nula, porquanto manifestamente abusiva, afrontando o princípio da boa-fé objetiva (arts. 4º, III, e 51, XIII, do CDC e 422 do Código Civil). Provimento parcial do recurso para manter as obrigações originalmente contratadas" (TJRJ – Apelação Cível

2008.001.64668 – Décima Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Celia Meliga Pessoa – *DORJ* 13.08.2009, p. 200).

5.7.13. Cláusulas que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais (art. 51, inc. XIV, do CDC)

A previsão estabelece interessante *conexão dialogal* do Direito do Consumidor com o Direito Ambiental, mormente com a proteção do *Bem Ambiental* retirada do art. 225 da CF/1988. Enuncia o *caput* do dispositivo constitucional que "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Nesse contexto de proteção, o Bem Ambiental constitui um bem difuso, que supera a antiga dicotomia *público x privado*, surgindo um novo conceito de interesse, maior do que essa simples contradição, qual seja a tripartição do interesse coletivo em direitos individuais homogêneos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos difusos. Leciona Rui Carvalho Piva que o *Bem Ambiental* é "um valor difuso, imaterial ou material, que serve de objeto mediato a relações jurídicas de natureza ambiental".[73]

Sendo difuso, o meio ambiente envolve interesses que não podem ser determinados em um primeiro momento, ou seja, os interesses públicos e os privados ao mesmo tempo, o que justifica a responsabilização objetiva daqueles que lhe causam danos, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981.[74] Preocupa-se com os *interesses transgeracionais* ou *intergeracionais* relativos a esse bem de todos, pela proteção das futuras gerações, aquelas que ainda virão (*equidade intergeracional*).[75] Como decorrência de tais premissas teóricas, o direito ao equilíbrio no *Bem Ambiental* é considerado pela doutrina como um direito fundamental.[76]

Diante de sua indeclinável abrangência difusa, a proteção do meio ambiente envolve igualmente os contratos. Nesse contexto, pode-se afirmar que o contrato que viola valores ambientais é nulo por desrespeito à função social do contrato (*função socioambiental*). Utiliza-se a *eficácia externa* do princípio, pela proteção dos direitos difusos e coletivos, na esteira do Enunciado 23 CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*. Não poderia ser diferente com os contratos de consumo, em que a proteção coletiva é marcante.

Para ilustrar, se, em determinado contrato de fornecimento de um produto, o consumidor aceita contratualmente que o seu uso cause danos ao meio ambiente, a previsão é nula, por contrariar os citados valores de proteção. Além dessa decretação de nulidade, é possível retirar o produto do mercado, diante de seu índice de periculosidade ao meio ambiente.

5.7.14. Cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, inc. XV, do CDC)

Mais uma vez, o inciso consagra um sistema aberto de proteção, ao preconizar a nulidade de qualquer cláusula que entre em conflito com o sistema de proteção consumerista. Sem prejuízo das ilustrações já expostas quando do estudo do inc. IV, um bom exemplo envolve a *cláusula de eleição*

de foro, quando inserida em contratos de consumo. Como se sabe, trata-se da previsão que escolhe o juízo competente a apreciar o conflito contratual, cláusula essa que é válida, em regra, por força da antiga Súmula 335 do Supremo Tribunal Federal.

Pois bem, no que toca às ações de responsabilidade civil, a cláusula de eleição de foro é flagrantemente nula, por violar a regra do art. 101, inc. I, do CDC, que estabelece o foro privilegiado para os consumidores em demandas de tal natureza. Insta verificar se a premissa vale para qualquer demanda envolvendo os consumidores.

Na esteira dos ensinamentos de Nelson Nery Jr., o presente autor responde positivamente para a última indagação. Isso porque a cláusula de eleição de foro representa uma afronta ao direito fundamental do consumidor de facilitação de sua defesa, retirado do art. 6º, inc. VIII, do CDC.[77] Nessa linha, é totalmente desnecessário debater se houve ou não prejuízo ao consumidor, como muitas vezes insiste a jurisprudência (STJ – REsp 1.089.993/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 18.02.2010 – *DJe* 08.03.2010; STJ – REsp 1084291/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 05.05.2009 – *DJe* 04.08.2009; STJ – REsp 669.990/CE – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 17.08.2006 – *DJ* 11.09.2006, p. 289; e TJSP – Agravo de Instrumento 0567717-26.2010.8.26.0000 – Acórdão n. 5023138, São Paulo – Vigésima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Francisco Giaquinto – j. 14.02.2011 – *DJESP* 15.04.2011).

Na verdade, é preciso concluir que o prejuízo decorre de uma presunção absoluta de proteção, retirada do art. 1º da Lei 8.078/1990 (*princípio do protecionismo do consumidor*).[78] Julgado recente do STJ concluiu indiretamente dessa forma, ao reconhecer a nulidade absoluta da cláusula de eleição de foro em contrato de consumo, sem qualquer condição de exigência complementar (STJ – AgRg no Ag 1070671/SC – Quarta Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 27.04.2010 – *DJe* 10.05.2010).

O último caminho parece ter sido o adotado pelo art. 112, parágrafo único, do Código de Processo Civil, instituído pela Lei 11.208/2006, segundo o qual "A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu". Como se pode notar, o dispositivo legal não faz qualquer menção da necessidade de prova do prejuízo ao vulnerável. Ressalte-se, porém, que a norma processual tem incidência aos contratos de adesão, que não necessariamente são de negócios de consumo, como ainda será demonstrado no presente capítulo.

5.7.15. Cláusulas que possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias (art. 51, inc. XVI, do CDC)

Nos termos dos arts. 96 e 97 do Código Civil, as benfeitorias como bens acessórios são melhoramentos ou acrescidos introduzidos em um bem principal, classificadas quanto à essencialidade em necessárias, úteis e voluptuárias. Nos termos da lei, são necessárias as benfeitorias que visam à conservação do bem principal, tidas como essenciais ao último. As benfeitorias úteis são aquelas que aumentam ou facilitam o uso do bem principal. Por fim, as voluptuárias são as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

Diante da *relação de essencialidade* com o bem principal, o Código do Consumidor deduz como abusiva a cláusula de renúncia às benfeitorias necessárias. Não se pode esquecer da presunção de boa-fé a favor do consumidor, a gerar o direito de indenização por tais benfeitorias, nos termos do art. 1.219 do Código Civil. A previsão consumerista em comento tem grande concreção prática, em casos relativos a compromissos de compra e venda de imóveis celebrados com incorporadoras ou outros profissionais que são inadimplidos pelos consumidores, sendo forçoso reconhecer o direito a tais benfeitorias. Por todos os inúmeros julgados:

> "Ação de rescisão de compromisso de venda e compra cumulada com reintegração de posse. Descumprimento de cláusula contratual. Rescisão do contrato e reintegração de posse que se impõe, diante da inadimplência e não purgação da mora. Desnecessidade da reconvenção para análise do pedido de devolução das parcelas pagas, já que a matéria constitui o próprio objeto do campo cognitivo da demanda principal. Incabível a perda integral das prestações pagas. Aplicação do disposto no Código de Defesa do Consumidor. Direito à devolução dos valores, com retenção de 50% das parcelas pagas. Nulidade da cláusula que nega o direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis. Não cabimento de direito de retenção. Ausência de discriminação, na hipótese, das benfeitorias necessárias. Reforma parcial da R. Sentença. Dá-se parcial provimento ao recurso" (TJSP – Apelação Cível 9057567-26.2006.8.26.0000 – Acórdão 4988092, Araçatuba – Quinta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Christine Santini – j. 23.02.2011 – *DJESP* 07.04.2011).

> "Compromisso de venda e compra. Inadimplemento do compromissário comprador. *Exceptio non adimpleti contractus*. Perda das prestações pagas incabível. Incabível também devolução integral dos valores pagos pela ocupação do imóvel por mais de quatorze anos. Aplicação do disposto no Código de Defesa do Consumidor. Direito à devolução dos valores, com retenção de 70% das parcelas pagas. Nulidade da cláusula que nega direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis. Não cabimento, na hipótese, de direito de retenção, por ausência de discriminação de forma completa das benfeitorias necessárias e úteis introduzidas no imóvel" (TJSP – Apelação com Revisão 414.447.4/8 – Acórdão 4140044, Suzano – Quinta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Christine Santini – j. 21.10.2009 – *DJESP* 11.11.2009).

As decisões transcritas são interessantes, pois vão além da previsão consumerista, estabelecendo também o direito de indenização por benfeitorias úteis ao possuidor de boa-fé, o que está em sintonia com o citado art. 1.219 do CC/2002. Como não poderia ser diferente, as conclusões constantes das ementas contam com o apoio do presente autor, pela opção do saudável caminho do *diálogo das fontes*.

Realizado o estudo das hipóteses descritas pelo art. 51 da Lei 8.078/1990, é preciso fixar algumas de suas decorrências. Como as hipóteses descritas são de nulidade absoluta, deve-se reconhecer a imprescritibilidade da ação declaratória correspondente, o que é incidência da regra do art. 169 do Código Civil, segundo o qual a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo (nesse sentido, quanto à decretação da nulidade: TJSC – Apelação Cível 2007.014544-6, Araranguá – Rel. Juiz Paulo Roberto Camargo Costa – j. 22.07.2010 – *DJSC* 29.07.2010, p. 261; e TJSC – Apelação Cível 2007.015529-6, Criciúma – Terceira Câmara de Direito Comercial – Rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi – *DJSC* 12.05.2008, p. 156). Eis aqui mais um caminho pelo *diálogo das fontes* que protege o consumidor, diante da não submissão a qualquer prazo prescricional ou decadencial. Ademais, a imprescritibilidade está fundada no argumento de que a nulidade absoluta envolve ordem pública.

Como explica Cristiano Heineck Schmitt ao tratar do tema, "Entre as características das nulidades (absolutas) que mais se destacam, podemos referir, em regra, a insanabilidade, a alegação por qualquer interessado, a decretação de ofício pelo juiz, com efeito *ex tunc*, a dispensa de ação específica para poder ser reconhecida, a imprescritibilidade e a impossibilidade de produzir efeitos".[79] Vejamos tais corretas conclusões aplicadas na realidade consumerista nacional.

De início, em detrimento da impossibilidade de se sanar a nulidade absoluta – nos termos do que estabelece o citado art. 169 do CC/2002 –, o § 2º do art. 51 do CDC acaba por consagrar o *princípio da conservação contratual*, que visa à manutenção da autonomia privada. Determina o último comando que a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, em regra, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. Desse modo, deve o juiz fazer uso das máximas de experiência e dos princípios gerais consumeristas para suprir e corrigir o contrato. Em verdade, a correção ou revisão do negócio e a sua imposição para a outra parte acabam por funcionar como uma *punição contra o abusador contratual*, devendo ser tidas como regras no sistema consumerista.[80]

Sendo assim, é cabível por parte do consumidor, diretamente, uma ação de revisão e não de nulidade, o que representa o exercício de um direito por parte do vulnerável negocial, de acordo com a sua conveniência. A premissa é admitida em numerosos julgados, sendo desnecessário colacioná-los, diante de sua enorme quantidade. Por razões óbvias, a ação de revisão também não prescreve, por envolver a citada ordem pública.

Consigne-se que, no sistema civil, dois dispositivos adotam a mesma ideia de preservação. O primeiro a ser evocado é o art. 170 do CC/2002, que admite a convalidação do negócio jurídico nulo, pela sua conversão indireta e substancial em outro negócio. Além desse, o art. 184 da codificação consagra a redução do negócio jurídico, dispondo que a invalidade parcial de um negócio não o prejudica na parte válida, pois a parte inútil não pode viciar a parte útil do contrato (*utile per inutile non vitiatur*). Todos os preceitos, inclusive o do Código do Consumidor, ao valorizarem a conservação do negócio jurídico, têm relação direta com o princípio da função social dos contratos em sua eficácia interna. Nesse sentido, repise-se o teor do Enunciado 22 CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil:* "A função social do contrato, prevista no art. 421 do NCC, constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas".

No que concerne à propositura da demanda de nulidade da cláusula abusiva, não se olvide a premissa fixada pelo art. 168, *caput*, do CC, segundo o qual as nulidades absolutas podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Em complemento, dispõe o art. 51, § 4º, do CDC que é facultado a qualquer consumidor ou a entidade protetiva requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para declarar a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto no CDC ou que, de qualquer forma, não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes. Resta claro, pela legitimidade reconhecida ao MP, que a matéria é de ordem pública, nos termos do sempre citado art. 1º da Lei 8.078/1990.

A encerrar o tópico, cumpre trazer à tona o polêmico tema relativo à revisão de ofício ou *ex officio* das cláusulas abusivas, o que constitui uma normal decorrência da nulidade absoluta. Como é notório, prescreve categoricamente o parágrafo único do art. 168 do Código Civil que "As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes". O dispositivo transcrito confirma a premissa de que a nulidade absoluta é matéria de ordem pública também na esfera puramente civil.

A polêmica a respeito da questão instaurou-se definitivamente entre nós com a edição da infeliz Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 5 de maio de 2009, com a seguinte

redação: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas". Ora, tal ementa representa uma séria afronta à proteção dos direitos dos consumidores e aos preceitos gerais de Direito, devendo ser imediatamente cancelada por aquele Tribunal Superior.

Como *primeiro argumento* de crítica e pelo cancelamento, constata-se que a súmula representa um contrassenso jurídico, tendo em vista o art. 1º do CDC e a comum aplicação da Lei 8.078/1990 aos contratos bancários, conforme reconhecido pela Súmula 297 do próprio STJ. Repise-se que o art. 1º do CDC é expresso ao prever que a lei consumerista é norma de ordem pública e interesse social, nos termos da proteção que consta do Texto Maior. Como decorrência natural do preceito, deve o juiz conhecer de ofício da proteção dos consumidores, pela previsão constitucional de sua tutela (art. 5º, inc. XXXV, da CF/1988). Releve-se, por oportuno, que o próprio STJ já havia se pronunciado, em momento anterior, no sentido de que "Questões de ordem pública contempladas pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente de sua natureza, podem e devem ser conhecidas, de ofício, pelo julgador. Por serem de ordem pública, transcendem o interesse e se sobrepõem até à vontade das partes" (STJ – AgRg no REsp 703.558/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 29.03.2005 – *DJ* 16.05.2005, p. 349). Percebe-se, em tal contexto, um retrocesso no entendimento anterior do próprio Tribunal Superior. Ademais, em outro julgado mais recente, o STJ adotou entendimento contrário à sua própria Súmula 381:

> "Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, possibilidade de revisão do contrato e declaração *ex officio* da nulidade de cláusula nitidamente abusiva. Recurso a que se nega provimento. 1. O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública, que autoriza a revisão contratual e a declaração de nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais abusivas, o que pode ser feito até mesmo de ofício pelo Poder Judiciário. Precedente (REsp 1.061.530/RS, afetado à Segunda Seção). 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ – AgRg no REsp 334.991/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJAP) – j. 10.11.2009 – *DJe* 23.11.2009).

Como *segundo aspecto*, firme-se que o CC/2002, como norma geral privada, preconiza, no seu art. 168, parágrafo único, que as nulidades absolutas devem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Trata-se de decorrência natural da antiga lição pela qual as matérias de ordem pública devem ser conhecidas *ex officio* pelo magistrado. Anote-se a costumeira aplicação de tal premissa em instâncias superiores, o que demonstra igualmente o conflito da comentada súmula em relação à posição daquela Corte (a título de exemplo, recente acórdão: STJ – REsp 730.129/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador Convocado do TJBA) – j. 02.03.2010 – *DJe* 10.03.2010). Em um *diálogo entre as fontes*, a norma privada não só pode como deve ser aplicada de forma subsidiária às relações de consumo (*diálogo de complementaridade*). Não se olvide, por outra via de aplicação, que as cláusulas abusivas, descritas no art. 51 do CDC, geram a nulidade absoluta da previsão contratual, mais uma vez com base na ordem pública.

Como *terceiro argumento*, a principal tese jurídica que dá sustento à súmula não tem o condão de vencer a nulidade absoluta e as questões de ordem pública suscitadas. De um dos seus precedentes, retira-se que "A jurisprudência da Segunda Seção consolidou-se no sentido de que fere o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* a revisão, de ofício, pelo juiz, de cláusulas contratuais que não foram objeto de recurso. (...)" (STJ – AgRg nos EREsp 801421/RS – Segunda Seção – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 14.03.2007 – *DJ* 16.04.2007, p. 164). De acordo com o preceito citado na ementa, em decorrência dos princípios *dispositivo* e da *congruência*, o reexame

na instância superior prende-se aos pontos objetos do recurso. Deve ficar bem claro que não se trata de um princípio absoluto, mas que encontra limitações em outros princípios e nas matérias de ordem pública, como é o caso das nulidades absolutas e da proteção dos interesses dos consumidores. Pensar o contrário sobreporia o Direito Processual à tutela efetiva do Direito Material, quando o inverso deve prevalecer.

Com *quarto argumento* pelo cancelamento da Súmula 381 do STJ, nota-se que tem a sua ementa o condão de engessar a atuação do magistrado, aprisionando-o aos pedidos formulados pelas partes. Por isso, a súmula já foi criticada por alguns juízes, caso de Gerivaldo Neiva, Pablo Stolze Gagliano e Salomão Viana, em textos publicados na internet.[81] Como verdadeiro absurdo, a súmula veda ao juiz que conheça de abusividade apenas nos contratos bancários. Simbolizando, em tais contratos (e somente nesses), o magistrado deve se comportar como Pôncio Pilatos, lavando as mãos e mantendo-se distante do abuso ou do excesso cometido. Em suma, somente atuará se houver pedido em tal sentido. A súmula fere totalmente a lógica do razoável e a equidade que se espera do Direito como um todo. Há *um quê* de proteção ou defesa dos bancos em detrimento do consumidor, quando o sistema consagra justamente o contrário, pela existência de lei específica e contundente de tutela dos vulneráveis, o CDC.

A encerrar, como *quinto argumento*, entra em cena a questão principiológica. Cláusulas abusivas, sejam em contratos bancários ou não, são consideradas como violadoras dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva. Ambos os princípios – função social do contrato e boa-fé objetiva – são preceitos de ordem pública pela civilística contemporânea. Quanto à função social do contrato, é claro o art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002, no sentido de que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como aqueles que visam a assegurar a função social dos contratos e da propriedade. A respeito da boa-fé objetiva, na *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal concluiu-se que "Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação" (Enunciado 363 do CJF/STJ).

Em reforço de crítica, as palavras de Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, que sustentam a inconstitucionalidade da referida súmula, por desrespeito à proteção constante do art. 5º, inc. XXII da CF/1988, negando vigência ao sistema de nulidades absolutas do Código Civil em diálogo com o Código de Defesa do Consumidor.[82] Os juristas de escol esperam, portanto, que a Sessão Especial do Tribunal da Cidadania e defensor dos consumidores cancele e a súmula.

De fato, a Súmula 381 do STJ está muito longe de ser *cidadã*, por trazer clara ideologia de cega proteção dos bancos. Como bem expõe Ezequiel Morais, com coragem, "é possível verificar que nos últimos anos (2008 e 2009) o consumidor não mais tem encontrado no STJ a guarida de outrora".[83] Triste realidade em momento em que se comemoram os vinte anos do Código de Defesa do Consumidor.

Em suma, deduz-se juridicamente que, por contrariar a CF/1988, o CDC, o CC/2002 e seus princípios, bem como a lógica equânime do sistema, deve a Súmula 381 do STJ ser imediatamente cancelada, a fim de não trazer ainda mais prejuízos aos consumidores do que já vem causando.

5.8. OS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE CRÉDITO NA LEI 8.078/1990 (ART. 52) E O PROBLEMA DO SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR. A NULIDADE ABSOLUTA DA CLÁUSULA DE DECAIMENTO (ART. 53)

O art. 52 da Lei 8.078/1990, mais um comando em sintonia como o dever anexo de informar que decorre da boa-fé objetiva, estabelece os requisitos para os contratos de concessão de crédito e financiamentos em geral, a saber:

a) O preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional, pelo valor nominal, o que está de acordo com o *princípio do nominalismo*, retirado do art. 315 do Código Civil. Em complemento, em regra, são nulas as estipulações em moeda estrangeira, exceção que deve ser feita para os contratos internacionais e para os contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), em que há captação de recursos no exterior (art. 318 do CC e Decreto-lei 857/1969).
b) O montante dos juros de mora, para as hipóteses de inadimplemento relativo, bem como da taxa efetiva anual de juros. Como se sabe, os juros são frutos civis ou rendimentos, constituindo valores devidos pela utilização de capital alheio.
c) Os acréscimos legalmente previstos, caso da correção monetária e das penalidades contratuais.
d) O número e a periodicidade das prestações, o que é fundamental na caracterização dos contratos de trato sucessivo, aqueles com cumprimento de forma periódica no tempo.
e) A soma total a pagar, com e sem financiamento. Isso, para que o consumidor tenha a exata medida do valor integral que está sendo pago, preceito que muitas vezes é desrespeitado na prática.

No que concerne aos juros estipulados por força do contrato (*juros convencionais*), algumas palavras merecem ser ditas, especialmente no tocante ao seu limite, tema explosivo na realidade nacional. Na opinião deste autor, é absolutamente lamentável o tratamento dado pela jurisprudência majoritária à questão, uma vez que é comum as instituições bancárias cobrarem juros excessivamente abusivos, tornando *caro* o crédito em nosso País. Isso também ocorre com empresas financeiras, caso das que prestam o serviço de cartão de crédito.

Em suma, é lamentável o teor da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual as instituições bancárias, como integrantes do Sistema Financeiro Nacional, não estão sujeitas à Lei de Usura. Do mesmo modo, não há como concordar com o teor da Súmula 283 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:* "As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura". Compreendemos que a Lei de Usura está em total sintonia com a proteção dos vulneráveis (consumidores e aderentes contratuais), constante do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, devendo, pois, ser estabelecido um limite para os juros convencionais.

Como se sabe, a Lei de Usura estabelece em seu art. 1º que a taxa de juros não pode ser superior ao dobro da taxa legal. Ora, a taxa legal é aquela referenciada pelo art. 406 do CC/2002, ou seja, 1% ao mês ou 12% ao ano, o que é completado pelo art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Desse modo, a máxima taxa a ser cobrada no País é de 2% ao mês ou 24% ao ano, o que constitui parâmetro perfeitamente razoável. Releve-se que, em relação ao *mútuo oneroso* ou *feneratício*, em que há empréstimo de dinheiro a juros, enuncia o art. 591 do CC/2002 que a taxa de juros máxima a ser cobrada é prevista no art. 406, isto é, 12% ao ano.

O que se tem entendido de forma reiterada no plano da jurisprudência superior é que os juros das instituições bancárias e financeiras podem ser fixados de acordo com as regras de mercado (Súmula 296 do STJ). Em paradigmática decisão do ano de 2008, o Superior Tribunal de Justiça concluiu de

forma definitiva:

> "Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Configuração da mora. Juros moratórios. Inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes. Disposições de ofício. Delimitação do julgamento. I. Julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade. Orientação 1 – Juros remuneratórios. a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/1933), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/2002; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto. (...) Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese. (...)" (STJ – REsp 1.061.530/RS – Segunda Seção – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 22.10.2008 – *DJe* 10.03.2009).

Do mesmo modo, mais recentemente, o STJ julgou que não sendo fixados os juros pelas partes em contrato bancário, incidem as taxas de mercado e não o art. 406 do CC. Em suma, as regras mercadológicas prevalecem sobre a lei, o que represente uma clara influência da escola do *law and economics*. O julgado foi assim publicado no *Informativo* 434 do STJ:

> "Repetitivo. Cheque especial. Juros remuneratórios. A Seção, ao julgar recurso representativo de controvérsia (art. 543-C e Res. 8/2008-STJ) sobre a legalidade da cobrança de juros remuneratórios decorrente do contrato bancário, quando não há prova da taxa pactuada ou quando a cláusula ajustada entre as partes não tenha indicado o percentual a ser observado, reafirmou a jurisprudência deste Superior Tribunal de que, quando não pactuada a taxa, o juiz deve limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central (Bacen), salvo se menor a taxa cobrada pelo próprio banco (mais vantajosa para o cliente). Anotou-se que o caso dos autos é uma ação de revisão de cláusula de contrato de cheque especial combinada com repetição de indébito em que o tribunal *a quo* constatou não haver, no contrato firmado, o percentual da taxa para a cobrança dos juros remuneratórios, apesar de eles estarem previstos em uma das cláusulas do contrato. Precedentes citados: REsp 715.894-PR, *DJ* 19.03.2007; AgRg no REsp 1.068.221-PR, *DJe* 24.11.2008; AgRg no REsp 1.003.938-RS, *DJe* 18.12.2008; AgRg no REsp 1.071.291-PR, *DJe* 23.03.2009; REsp 1.039.878-RS, *DJe* 20.06.2008; AgRg no REsp 1.050.605-RS, *DJe* 05.08.2008; AgRg no Ag 761.303-PR, *DJe* 04.08.2009; AgRg no REsp 1.015.238-PR, *DJe* 07.05.2008; EDcl no Ag 841.712-PR, *DJe* 28.08.2009, e AgRg no REsp 1.043.101-RS, *DJe* 17.11.2008" (STJ – REsp 1.112.879-PR – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 12.05.2010).

Na linha da premissa antes esposada, já defendida no ano de 2004, por ocasião de dissertação de mestrado na PUC-SP, o presente autor não se filia ao entendimento transcrito nos julgados.[84] Em tom de crítica, fazemos nossas as palavras dos doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> "Falar sobre a aplicação de juros na atividade bancária é adentrar em um terreno explosivo.
>
> De fato, fizemos questão de mostrar como a disciplina genérica do instituto, bem como as peculiaridades encontradas em uma relação jurídica especial, como a trabalhista, em que o próprio ordenamento reconhece as desigualdades dos sujeitos e busca tutelá-los de forma mais efetiva, reconhecendo que, mesmo ali, ainda é observada, no final das contas, a regra geral.
>
> Isso tudo para mostrar que 'há algo de errado no reino da Dinamarca' quando se fala da disciplina dos juros bancários no Brasil.
>
> (...)
>
> Em nosso entendimento, sob o argumento de que a atividade financeira é essencialmente instável, e que a imobilização da taxa de juros prejudicaria o desenvolvimento do País, inúmeros abusos são cometidos, em detrimento sempre da parte mais fraca, o correntista, o depositante, o poupador."[85]

Em verdade, vive-se um total paradoxo no Brasil, eis que os Tribunais Superiores concluíram pela incidência do Código de Defesa do Consumidor para os contratos bancários e financeiros (Súmula 297 do STJ e STF – ADI 2.591/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Carlos Velloso – Rel. p/Acórdão Min. Eros Grau – j. 07.06.2006). Porém, não obstante *o espírito da lei consumerista* vedar a lesão, o abuso de direito e o enriquecimento sem causa, as instituições bancárias e financeiras podem cobrar as excessivas taxas de juros de mercado que, aliás, elas mesmas fixam. Em suma, aplica-se o CDC *de forma fatiada*, muito distante de seu real potencial de mudança. Espera-se que essa infeliz realidade seja alterada nos próximos anos, quando novas gerações de julgadores assumirem o papel direcionador da jurisprudência no Brasil.

Em atualização à obra, como bem destacou a Ministra Nancy Andrighi em voto prolatado no ano de 2012, "Em matéria de contratos bancários, os juros remuneratórios são essenciais e preponderantes na decisão de contratar. São justamente essas taxas de juros que viabilizam a saudável concorrência e que levam o consumidor a optar por uma ou outra instituição financeira. Entretanto, apesar de sua irrefutável importância, nota-se que a maioria da população brasileira ainda não compreende o cálculo dos juros bancários. Vê-se que não há qualquer esclarecimento prévio, tampouco se concretizou o ideal de educação do consumidor, previsto no art. 4º, IV, do CDC. Nesse contexto, a capitalização de juros está longe de ser um instituto conhecido, compreendido e facilmente identificado pelo consumidor médio comum. A realidade cotidiana é a de que os contratos bancários, muito embora estejam cada vez mais difundidos na nossa sociedade, ainda são incompreensíveis à maioria dos consumidores, que são levados a contratar e aos poucos vão aprendendo empiricamente com suas próprias experiências. A partir dessas premissas, obtém-se o padrão de comportamento a ser esperado do homem médio, que aceita a contratação do financiamento a partir do confronto entre taxas nominais ofertadas no mercado. Deve-se ainda ter em consideração, como medida da atitude objetivamente esperada de cada contratante, o padrão de conhecimento e comportamento do homem médio da sociedade de massa brasileira. Isso porque vivemos numa sociedade de profundas disparidades sociais, com relativamente baixo grau de instrução" (STJ – REsp 1.302.738/SC – Rel. Min. Nancy Andrighi – Terceira Turma – j. 03.05.2012 – *DJe* 10.05.2012 – publicado no seu *Informativo 496*). Espera-se que outras decisões sigam a linha esposada no voto.

Em verdade, percebeu-se a partir do ano de 2012 que medidas do Poder Executivo acabaram por reduzir as taxas de juros bancários em nosso País. Esperava-se que tal tarefa fosse desempenhada, antes do Executivo, pelo Poder Judiciário, o que não acabou ocorrendo nos últimos anos, o que pode ser percebido pelos julgados anteriormente transcritos. Infelizmente, as premissas constantes do voto da Ministra Nancy Andrighi acabaram não prevalecendo em nossas Cortes Superiores, que não cumpriram com sua função jurídica e social. Todavia, ainda é tempo para a mudança no âmbito do Poder Judiciário.

Superado esse ponto a respeito dos juros, em relação à cláusula penal ou multa moratória, importante decorrência do inadimplemento, o art. 52, § 1º, do CDC enuncia que o seu montante não pode ser superior a 2% (dois por cento) sobre o valor da dívida. Não se pode esquecer que tal multa somente incide se estiver prevista pelas partes.

Não resta a menor dúvida de que a norma relativa à cláusula penal é de ordem pública, sendo nula por abusividade a cláusula contratual que estabeleça limite maior para a multa moratória, nos

termos do art. 51, incs. IV e XV, do CDC (por todas as centenas de julgados encontrados: TJSP – Apelação 9171524-39.2005.8.26.0000 – Acórdão 4995270, São Caetano do Sul – Vigésima Sétima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Berenice Marcondes César – j. 22.02.2011 – *DJESP* 22.03.2011; TJMG – Apelação Cível 1661480-65.2004.8.13.0702, Uberlândia – Décima Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes – j. 16.11.2010 – *DJEMG* 02.12.2010; TJPR – Apelação Cível 0491340-8, Curitiba – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Antônio Renato Strapasson – *DJPR* 20.03.2009, p. 259; TJRS – Apelação Cível 70015891914, Caxias do Sul – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Judith dos Santos Mottecy – j. 14.09.2006 – *DOERS* 01.10.2008, p. 82; TJDF – Apelação Cível 2000.09.1.004710-8 – Acórdão 274732 – Quarta Turma Cível – Rel. Des. Lecir Manoel da Luz – *DJU* 21.06.2007, p. 106; e TJSC – Apelação Cível 1998.002252-5, Rio do Sul – Segunda Câmara Comercial – Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta – j. 09.10.2003). Em caso de excesso, na esteira da melhor conclusão jurisprudencial, deve ocorrer a redução do negócio jurídico até o patamar considerado como válido pela legislação consumerista.

Deve ser vista com grandes ressalvas a chamada *cláusula de pontualidade*, que muitas vezes disfarça, em contratos de consumo, multas exageradas, acima do montante permitido pela lei, o que deve ser afastado de plano. Sobre o tema, vejamos as precisas palavras de José Fernando Simão, com citação de jurisprudência:

> "Um dos debates mais intensos da doutrina e da jurisprudência diz respeito ao chamado abono de pontualidade. Explica Christiano Cassettari que muitos condomínios tentaram buscar uma alternativa para resolver o problema do aumento da inadimplência, que a redução do percentual da cláusula penal lhe causou. Uma saída muito utilizada por vários condomínios foi a cláusula de bonificação ou abono de pontualidade, que é uma sanção premial. O abono de pontualidade é um desconto, geralmente de 10% (dez por cento), para o condômino que pagar a taxa até o dia do vencimento. Esse instituto foi criado com intuito de estimular os condôminos a pagarem em dia as despesas mensais do condomínio (*Multa Contratual* – Teoria e prática da cláusula penal. 1ª ed. 2009, Editora RT).
>
> A questão não se limita aos Condomínios, pois vários prestadores de serviços a incluem em seus contratos. Universidades particulares, por exemplo, escalonam as datas de pagamentos e concedem 'descontos' para pagamentos antecipados. Qual a natureza desses chamados 'descontos'? Silvio de Salvo Venosa chama o abono pontualidade de 'cláusula penal às avessas'. Concordamos com Venosa e com Cassettari neste tocante. O referido abono cumulado com cláusula penal é ilegal, pois reflete, na verdade, dupla multa e subverte a real data de pagamento da prestação. Um exemplo esclarece a questão.
>
> O contrato prevê que se a mensalidade escolar no importe de R$ 100,00 for paga até o dia 5 do mês, há um desconto de 20%, se paga até o dia 10, o desconto é de 10% e se paga na data do vencimento, dia 15, não há desconto. Entretanto, se houver atraso a multa moratória é de 10%. Na realidade, o valor da prestação é de R$ 80,00, pois se deve descontar o abono de pontualidade de 20%, que é cláusula penal disfarçada. Então, temos no contrato duas cláusulas penais cumuladas: a primeira que transforma o valor da prestação de R$ 80,00 em R$ 100,00 e a segunda, aplicada após o vencimento, que transforma o valor de R$ 100,00 em R$ 110,00. E assim decidiu o TJSP, no mês de agosto de 2009: 'Prestação de serviços educacionais. Cobrança. Desconto ou abatimento por pontualidade. Cláusula penal. Apuração dos valores devidos a título de mensalidades não pagas, deverá ser considerado o valor líquido da prestação, descontado o abatimento por pontualidade. Multa contratual. Redução para 2%. incidência do Código de Defesa do Consumidor. Recurso improvido' (Apelação sem revisão n. 987905004 – Trigésima Primeira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Francisco Casconi – j. 11.08.2009).
>
> Essa interpretação do tema decorre do princípio que veda o enriquecimento sem causa, pois a existência de duas multas (uma declarada e outra disfarçada) faz com que os prejuízos sejam presumidos (de maneira absoluta) de forma dobrada. Ademais, ofende a função social do contrato em sua eficácia interna, pois gera uma obrigação por demais pesada ao devedor".[86]

Como não poderia ser diferente, o entendimento esposado conta com o total apoio do presente autor, devendo a cláusula de pontualidade ser reprimida pelos órgãos e entidades de proteção dos

direitos dos consumidores.

Questão de debate se refere ao limite da multa compensatória para os contratos de consumo, aquela relacionada ao inadimplemento absoluto do negócio. A problemática surge, pois o Código de Defesa do Consumidor estabelece apenas o teto para a multa moratória, ou seja, para os casos de inadimplemento relativo ou mora. A partir da teoria do *diálogo das fontes*, o presente autor entende pela aplicação do art. 412 do CC/2002, sendo o limite da cláusula penal compensatória consumerista o valor da obrigação principal, o que confirma o caráter acessório da multa. Concluindo dessa forma, do Tribunal do Paraná:

> "Civil, processual civil e direito do consumidor. Princípio da dialeticidade. Ausência de violação. Plano de saúde. Multa rescisória. Estipulação lícita. Abusividade. Não ocorrência. Natureza compensatória. Apelo conhecido e provido. Recurso adesivo prejudicado. As razões do apelo contêm suficiente impugnação ao teor da sentença, de modo que não houve violação ao princípio da dialeticidade. É lícita a estipulação de penalidade para o caso de desistência imotivada de contrato de plano de saúde antes de seu termo. Essa multa tem natureza compensatória e, portanto, não se confunde com aquela do art. 52, § 1º do CDC, de índole moratória. O percentual previsto no ajuste não é abusivo, haja vista que bem inferior ao máximo legalmente permitido (art. 412 do Código Civil)" (TJPR – Apelação Cível 0503513-4, Londrina – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Ronald Schulman – *DJPR* 01.06.2009, p. 176).

De toda sorte, se qualquer multa for exagerada em uma relação de consumo, seja ela moratória ou compensatória, é possível fazer incidir, pelo *caminho dialogal*, o art. 413 do CC/2002, *in verbis:* "A penalidade **deve** ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio". Trata-se de mais um dispositivo civil em relação direta com a *eficácia interna da função social do contrato*, por afastar a situação de injustiça que decorre da onerosidade excessiva.

Deve-se concluir que se trata de norma de ordem pública, cabendo a decisão de redução *ex officio* pelo magistrado, independentemente de arguição pela parte (Enunciado n. 356 do CJF/STJ). Além disso, não cabe a sua exclusão por força de pacto ou contrato, uma vez que a autonomia privada encontra limitações nas normas cogentes de ordem pública. Assim, vale a dicção do Enunciado n. 355 do CJF/STJ: "Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública".[87]

Deve ficar claro, ainda sobre o art. 413 do CC, o teor do Enunciado n. 359 CJF/STJ, *in verbis*: "A redação do art. 413 do Código Civil de 2002 não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido". Segundo o seu proponente, Jorge Cesa Ferreira da Silva:

> "A pena deve ser reduzida equitativamente. Muito embora a 'proporcionalidade' faça parte do juízo de equidade, ela não foi referida no texto e tal circunstância não é isenta de conteúdo normativo. Ocorre que o juízo de equidade é mais amplo do que o juízo de proporcionalidade, entendida esta como 'proporcionalidade direta' ou 'matemática'. Assim, por exemplo, se ocorreu adimplemento de metade do devido, isso não quer dizer que a pena prevista deve ser reduzida em 50%. Serão as circunstâncias do caso que determinarão. Entrarão em questão os interesses do credor, não só patrimoniais, na prestação, o grau de culpa do devedor, a situação econômica deste, a importância do montante prestado, entre outros elementos de cunho valorativo."[88]

O presente autor está filiado ao teor do enunciado doutrinário, pois o que fundamenta o art. 413 do CC é a razoabilidade e não a estrita proporcionalidade matemática. Tais premissas, repise-se,

podem ser incidentes a um contrato de consumo, por *diálogo das fontes*, notadamente no caso de uma multa compensatória sujeita ao limite do art. 412 da mesma codificação. Em relação à multa moratória, somente se duvida da aplicação prática da redução equitativa, uma vez que o montante previsto pela lei é de pequena monta (2%).

Superada mais essa matéria, em todos os casos de financiamentos ou cessão de crédito, o consumidor tem o direito de liquidar antecipadamente o contrato de forma total ou parcial, devendo ser reduzidos os juros e os acréscimos proporcionalmente (art. 52, § 2º, do CDC). A redução por razoabilidade dos juros e dos acréscimos afasta o enriquecimento sem causa por parte daquele que concede o crédito.

Além disso, como observam Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, a norma visa a afastar o *superendividamento do consumidor*, fenômeno muito comum na realidade brasileira, em especial pelas facilidades de concessão de crédito, desde que com altas taxas de juros. Como bem explicam, "O superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio".[89] Em complemento, ensina Heloísa Carpena que o superendividado é a "pessoa física que contrata a concessão de um crédito, destinado à aquisição de produtos ou serviços que, por sua vez, visam atender a uma necessidade pessoal, nunca profissional do adquirente. A mais importante característica refere-se à condição pessoal do consumidor, que deve agir de boa-fé".[90] Na opinião deste autor, o afastamento dessa infeliz situação se dá pela necessidade de redução das taxas de juros convencionais no Brasil, na linha do outrora exposto. Também passa pela necessidade de efetivação de medidas educacionais para o *brasileiro médio* que, em regra, não sabe lidar com a concessão de crédito.

O Projeto de Lei 283/2012, uma das propostas de alteração do CDC, pretende regulamentar a matéria do superendividamento. Inicialmente, há proposição de introduzir o inc. XI ao art. 6º do CDC, prescrevendo como direito básico do consumidor "a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas". A menção ao mínimo existencial ou patrimônio mínimo é louvável, para a tutela da dignidade do consumidor.

Além disso, são acrescentados os arts. 54-A a 54-G, com medidas concretas para evitar o superendividamento, o que merece o apoio deste autor. O primeiro comando merece destaque por consagrar princípios aplicáveis a essas medidas: "Esta seção tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana".

Dentro desse capítulo da proposta, merece destaque a vedação de utilização de termos como "sem juros", "gratuito", "sem acréscimo", "com taxa zero", com o fim de evitar o consumo impulsivo dos consumidores, muitas vezes induzido a erro. Ademais, a norma passa a estabelecer, como feliz tentativa, que nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa física para consignação em folha de pagamento ou qualquer forma que implique

cessão ou reserva de parte de sua remuneração, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a **trinta por cento** da sua remuneração mensal líquida. A finalidade desse art. 54-D projetado é manter o *mínimo existencial* ou o *patrimônio mínimo* do consumidor, dentro da ideia de tutela da dignidade humana.

Por fim, há também a louvável proposição de se incluir regulamentação a respeito da audiência de conciliação no caso de superendividamento (art. 104-A). A regulamentação geral vem com o seguinte sentido: "A requerimento do consumidor superendividado pessoa física, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos, preservado o mínimo existencial". Pelo seu importante impacto social, espera-se que as projeções obtenham êxito no Congresso Nacional.

Ato contínuo de estudo, o art. 53 da Lei 8.078/1990 estabelece a nulidade específica, por abusividade, da *cláusula de decaimento* ou *de perdimento*, relativa à perda de todas as parcelas pagas em contratos de financiamento. Vejamos a redação desse importante comando:

> "Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.
>
> § 1° (Vetado).
>
> § 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.
>
> § 3° Os contratos de que trata o *caput* deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional".

Várias são as aplicações concretas de afastamento da malfadada *cláusula de decaimento*. Vejamos três ementas do Superior Tribunal de Justiça, a título de ilustração, para casos envolvendo o compromisso de compra e venda de imóvel registrado na matrícula, configurado como negócio de consumo:

> "Direito civil e processual civil. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel com pedido de devolução das parcelas pagas. Legitimidade ativa *ad causam*. Possibilidade. Fundamento. *Favor debitoris*. Cláusula de decaimento. Enriquecimento sem causa das promitentes-vendedoras. Limitação. Os embargos de declaração são corretamente rejeitados quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. O direito à devolução das prestações pagas decorre da força integrativa do princípio geral de direito privado *favor debitoris* (corolário, no Direito das Obrigações, do *favor libertatis*). O promissário-comprador inadimplente que não usufrui do imóvel tem legitimidade ativa *ad causam* para postular nulidade da cláusula que estabelece o decaimento de metade das prestações pagas. A devolução das prestações pagas, mediante retenção de 30% (trinta por cento) do valor pago pela promissária-compradora, objetiva evitar o enriquecimento sem causa do vendedor, bem como o reembolso das despesas do negócio e a indenização pela rescisão contratual. Recurso especial a que se dá provimento" (STJ – REsp 345.725/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 13.05.2003 – *DJ* 18.08.2003, p. 202).
>
> "Compromisso de compra e venda de imóvel. Perda das prestações pagas. Distrato pactuado na vigência do Código de Defesa do Consumidor. Nulidade da cláusula. Recurso desacolhido. Nula é a cláusula que prevê a perda das prestações pagas, em distrato de compromisso de compra-e-venda celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor, podendo a parte inadimplente requerer a restituição do *quantum* pago, com correção monetária desde cada desembolso, autorizada a retenção de importância fixada pelas instâncias ordinárias em razão do descumprimento do contrato" (STJ – REsp 241.636/SP – Quarta

Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 17.02.2000 – *DJ* 03.04.2000, p. 157).

"Promessa de compra e venda. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula de decaimento. Precedentes da Corte. 1. O Código de Defesa do Consumidor não autoriza a cláusula de decaimento estipulando a perda integral ou quase integral das prestações pagas. Mas, a nulidade de tal cláusula não impede o magistrado de aplicar a regra do art. 924 do Código Civil e autorizar, de acordo com as circunstâncias do caso, uma retenção que, no caso, deve ser de 10%(dez por cento)" (STJ – REsp 149.399/DF – Terceira Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 04.02.1999 – *DJ* 29.03.1999, p. 164).

Como se nota, mesmo com a nulidade da cláusula de perda de todas as parcelas pagas, há divergência sobre o montante da dívida que pode ser retido pelo promitente-vendedor a título de multa pelo inadimplemento absoluto da outra parte, visando a cobrir os prejuízos suportados. Na opinião do presente autor, deve-se analisar casuisticamente, de acordo com as circunstâncias do caso, servindo sempre o controle do art. 413 do Código Civil. *A priori*, um montante entre 10% e 30% sobre o valor da dívida não se mostra excessivamente oneroso. Acima disso, presume-se a presença da onerosidade excessiva.

Em relação ao contrato de consórcio de produtos duráveis (*v.g.*, veículos), valem as mesmas premissas ora fixadas. Nos termos do art. 2º da Lei 11.795/2008, anote-se que o "consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento". Nesse contrato, igualmente, é nula a *cláusula de decaimento*, devendo o valor a ser devolvido ser atualizado monetariamente (STJ – REsp 299.386/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 17.05.2001 – *DJ* 04.02.2002, p. 380).

Entretanto, ressalve-se que, em havendo desistência por parte do consorciado, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente causar ao grupo. Conforme a jurisprudência, tais prejuízos devem ser provados pela empresa que administra o consórcio, não podendo ser presumidos (STJ – REsp 871.421/SC – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 11.03.2008 – *DJe* 01.04.2008). Tal linha de decisão representa clara proteção aos consumidores.

Como é notório, o direito de desistência no consórcio é um direito potestativo do consorciado. Nesse contexto, vários julgados entendem ser abusiva a cláusula que afasta do consumidor o direito de desistir do contrato de consórcio antes do encerramento do grupo (por todos: TJMG – Apelação Cível 5921251-43.2009.8.13.0702, Uberlândia – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Pereira da Silva – j. 01.03.2011 – *DJEMG* 25.03.2011; TJDF – Recurso 2007.01.1.110618-5 – Acórdão 362.209 – Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Rel. Juíza Lucimeire Maria da Silva – *DJDFTE* 22.06.2009, p. 225; e TJDF – Recurso 2008.01.1.001565-9 – Acórdão 359.946 – Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Rel. Des. Lucimeire Maria da Silva – *DJDFTE* 12.06.2009, p. 155).

Por fim, em relação ao montante do valor pago pelo consorciado que pode ser retido pela empresa que administra o consórcio, esse também deve abranger a chamada *taxa de administração*. Da jurisprudência superior, fazendo controle contra o abuso de direito em relação a tal taxa: "Civil. Agravo no recurso especial. Consórcio. Embargos de declaração. Reforma em prejuízo da parte. Disposição de ofício. Não ocorrência. Devolução de parcelas. Desistência. Momento. Taxa de administração. Abusividade. Limitação. (...) 'Se houver cláusula contratual que fixe taxa de

administração em valor que exceda o limite legal previsto no art. 42 do Dec. 70.951/1972, estará caracterizada a prática abusiva da administradora de consórcio, o que impõe a exclusão do percentual que sobejar ao estipulado na referida Lei' (REsp 541.184/PB – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 25.04.2006). Agravo no recurso especial não provido" (STJ – AgRg no REsp 764.771/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 10.08.2006 – *DJ* 28.08.2006, p. 287).

5.9. O TRATAMENTO DOS CONTRATOS DE ADESÃO PELO ART. 54 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A findar o presente capítulo, cumpre estudar o preceito do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, que cuidou de definir o contrato de adesão. Prevê o *caput* do preceito consumerista que "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo". Como se pode perceber, o contrato de adesão é aquele imposto pelo estipulante, seja ele um órgão público ou privado, geralmente o detentor do domínio ou poderio contratual. Resta ao aderente duas opções, quais sejam aceitar ou não o conteúdo do negócio (*take-it-or-leave-it*). A situação oposta ao contrato de adesão se dá no chamado *contrato paritário*, em que há plena negociação do conteúdo pelas partes.

Na opinião deste autor, o conceito acima não deveria estar reproduzido no Código de Defesa do Consumidor, mas no Código Civil de 2002, norma que assume o papel central no Direito Privado, como um *planeta*, naquela simbologia do *sistema solar* de Ricardo Lorenzetti. Em sua redação atual, o vigente Código Civil não define o contrato de adesão. Em prol da operabilidade, o Projeto de Lei 699/2011 pretende fazê-lo, conforme sugestão de Jones Figueirêdo Alves, passando o art. 423 do CC/2002 a ter a seguinte redação:

> "Art. 423. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente por um dos contratantes, sem que o aderente possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
>
> § 1º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a sua compreensão pelo aderente.
>
> § 2º As cláusulas contratuais, nos contratos de adesão, serão interpretadas de maneira mais favorável ao aderente."

As justificativas apresentadas pelo Deputado Ricardo Fiúza, autor do projeto original, são pertinentes, contando com o nosso apoio:

> "A proposta pretende dar redação mais completa ao dispositivo, acrescentando a definição de contrato de adesão e compatibilizando o art. 423 com o que já dispõe o art. 54 do CDC. A sugestão, aqui, é do Desembargador Jones Figueirêdo Alves, como aliás são todas as outras a seguir expostas, no que se refere à matéria contratual. Diz ele: 'O princípio de interpretação contratual mais favorável ao aderente decorre de necessidade isonômica estabelecendo em seus fins uma igualdade substancial real entre os contratantes'. É que, como lembra Georges Ripert, 'o único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte é soberana. E, quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar'. O dispositivo, ao preceituar a sua aplicação, todavia, em casos de cláusulas obscuras ou ambíguas, vem limitá-lo a essas hipóteses, o que contraria o avanço trazido pelo art. 47 do CDC, prevendo o princípio aplicado a todas as cláusulas contratuais. O aderente, como sujeito da relação contratual, deve receber idêntico tratamento dado ao consumidor, diante do significado da igualdade de fato que estimula o princípio, razão pela qual se impõe a alteração do dispositivo".[91]

A proposta é louvável, por afastar a confusão conceitual entre os conceitos de contrato de consumo e de adesão, muito comum na doutrina e na jurisprudência, como se verá a seguir.

Como visto, não há como afastar o contrato da constante ingerência exercida pelo meio social. Nesse contexto se situa o contrato de adesão, que constitui um fenômeno há muito tempo percebido pela teoria contratual. Notório é que, com a evolução da sociedade, passou-se exigir uma maior celeridade e intensidade das relações negociais, surgindo, nesse contexto, a *estandardização*. Orlando Gomes, em obra específica sobre o assunto, lembra que as exigências práticas da vida econômica, a necessidade de circulação intensa de bens e de capital, entre outros fatores, consolidaram de forma plena essa figura contratual. Anote-se que o notável jurista define contrato de adesão como "o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas".[92]

Maria Helena Diniz prefere utilizar a expressão *contratos por adesão* para denominar o *contrato de adesão*, "verificando que se constitui pela adesão da vontade de um oblato indeterminado à oferta permanente do proponente ostensivo". Desse modo, "os contratos por adesão constituem uma oposição à ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro (RT, 795:234, 519:163; JB, 158:263), aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos".[93]

Compreende-se perfeitamente as razões técnicas apontadas pela eminente civilista. Porém, pela terminologia utilizada tanto pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 54) quanto pelo Código Civil de 2002 (arts. 423 e 424), prefere-se a expressão *contratos de adesão*. Na realidade, pode-se dizer que as expressões *contratos de adesão* e *contratos por adesão* são sinônimas, conclusão essa que tem a finalidade de inclusão da proteção do vulnerável contratual.

Este autor não se filia, portanto, à clássica distinção de Orlando Gomes, por não ser condizente com a pós-modernidade jurídica. Para ele "o que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquela a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido". Há, portanto, no *contrato de adesão* um monopólio, não presente no *contrato por adesão*, presente a última figura nos demais casos em que o conteúdo é imposto por uma das partes, de forma total ou parcial.[94]

Ora, se fosse feita a diferenciação do clássico jurista, os dispositivos de proteção do aderente (arts. 423 e 424 do CC e art. 54 do CDC) não se aplicariam aos *contratos por adesão*, mas somente aos *contratos de adesão*, aqueles que apresentam um monopólio no conteúdo. Isso contraria o princípio da função social dos contratos, eis que a intenção do legislador foi proteger todos os aderentes que tiveram contra si a imposição de cláusulas contratuais, de forma ampla ou restrita.

Não se olvide que os arts. 423 e 424 do CC/2002, ao protegerem o aderente como vulnerável contratual, trazem como conteúdo a *eficácia interna da função social do contrato*. O primeiro dispositivo, como visto, consagra a interpretação *pro* aderente. O último transpõe para os contratos de adesão a excelente experiência relativa às cláusulas abusivas nos contratos de consumo, estabelecendo a nulidade absoluta das cláusulas de renúncia a um direito inerente ao negócio. É importante salientar, para essa conclusão, que os princípios têm uma notável função de integração, de interpretação e correção do sistema. Com a diferenciação dos contratos de adesão e por adesão,

portanto, poderíamos chegar a situações injustas, em clara lesão ao princípio constitucional da isonomia.

Em suma, pode-se dizer que o *contrato de adesão é aquele em que uma parte, o estipulante, impõe o conteúdo negocial, restando à outra parte, o aderente, duas opções: aceitar ou não o conteúdo desse negócio*. Esse conceito deve ser visto em sentido amplo, de modo a englobar todas as figuras negociais em que as cláusulas são preestabelecidas ou predispostas, caso do *contrato-tipo* e do *contrato formulário*, categorias em que as cláusulas são predeterminadas até por um terceiro. Como se sabe, os últimos contratos até são comercializados, em alguns casos (*v.g.*, modelos de contratos vendidos em papelarias ou pela internet).

Os parágrafos do art. 54 do Código Consumerista completam essa categorização. Inicialmente, o seu § 1º preceitua que a inserção de cláusulas eventualmente discutidas no formulário não afasta a natureza de contrato de adesão. Somente se houve uma mudança substancial da estrutura do negócio, poderá ele ser tido como um contrato paritário.

De acordo com a previsão seguinte, o § 2º do art. 54 admite na figura negocial a cláusula resolutória, uma condição resolutiva expressa, desde que esta não traga uma desvantagem excessiva ao consumidor. Tal preceito pode abranger a alienação fiduciária em garantia de bem móvel, caso estejam presentes os elementos relação de consumo. O tema merece uma abordagem à parte, diante da alteração do art. 3º, § 2º, do Decreto-lei 911/1969, pela Lei 10.931/2004, conforme tabela a seguir:

Redação anterior	**Nova redação, conforme a Lei 10.931/2004**
Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.	Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.
§ 1º Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, **se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação de mora.**	§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.
§ 2º Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.	§ 2º No prazo do § 1º, **o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.**

Diante dessa confrontação, surge o entendimento pelo qual a lei não mais defere, na alienação fiduciária em garantia de bens móveis, a possibilidade de purgação da mora nos casos em que houver o pagamento de 40% (quarenta por cento) do valor devido. Pela nova redação do texto legal, o devedor fiduciante teria que pagar integralmente a dívida, pois caso contrário ocorreria consolidação da propriedade a favor do credor fiduciário. Acertadamente, o extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, logo após a entrada em vigor da alteração, assim não entendeu, concluindo que o direito de purgação da mora está mantido, pela possibilidade de liquidação antecipada da dívida.

Vejamos esse importante precedente:

> "Agravo de instrumento. Alienação fiduciária. Purgação da mora. Faculdade não excluída pelas inovações introduzidas no Decreto-lei 911, de 1.º.10.1969, pela Lei 10.931, de 02.08.2004. Normas que devem ser interpretadas em conjunto com o art. 54, § 2º, do CDC. Recurso improvido" (2º TAC-SP – Agravo de Instrumento 869850-0/3, Carapicuíba – Oitava Câmara – Rel. Juiz Antonio Carlos Vilen – j. 18.11.2004 – *Boletim da AASP* 2.426, p. 3.513).

Consta do julgado que o art. 54 do CDC admite que os contratos de adesão contenham cláusula resolutiva, desde que a escolha caiba ao consumidor. Ora, sabendo-se que a resolução é forma de extinção dos contratos por inexecução, a "escolha a que se refere o dispositivo, em caso de existência de cláusula resolutória expressa, deve ser interpretada como a possibilidade que o devedor em mora tem de optar entre a purgação e a continuidade da relação contratual, de um lado, e a extinção por inadimplemento, de outro". A conclusão é que a inovação introduzida pela Lei 10.931/2004 não é incompatível com essa interpretação, mas "simplesmente conferiu mais uma faculdade ao devedor, qual seja a de obter a extinção do contrato, com a restituição do bem apreendido, livre de ônus, pela integral execução das obrigações pactuadas". Em suma, permanece íntegro o direito de utilização da purgação da mora em favor dos consumidores.

Este autor concorda integralmente com a conclusão do julgado, pois está em sintonia com o princípio da conservação negocial, anexo à função social dos contratos. Em reforço, está mantida a proteção dos consumidores vulneráveis, conforme a Lei 8.078/1990, sendo certo que a alienação fiduciária de bens móveis quase sempre tem como parte destinatários finais, fáticos e econômicos, que pretendem adquirir um bem de consumo, geralmente veículos.

Ainda no plano jurisprudencial, outros acórdãos surgiram, sucessivamente, entendendo pela manutenção da Súmula 284 do STJ. A título de ilustração, podem ser citados: TJRS – Apelação Cível 256654-04.2009.8.21.7000, Viamão – 14.ª Câmara Cível – Rel. Des. Niwton Carpes da Silva – j. 31.03.2011 – *DJERS* 14.04.2011; TJSP – Apelação 9201022-44.2009.8.26.0000 – Acórdão 5101330 – São José do Rio Preto – 35.ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Clóvis Castelo – j. 02.05.2011 – *DJESP* 17.05.2011; TJSP – Agravo de Instrumento 0466858-02.2010.8.26.0000 – Acórdão 5094151, Mirassol – 28.ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville – j. 26.04.2011 – *DJESP* 17.05.2011 e TJMG – Agravo de Instrumento 0197982-05.2011.8.13.0000, Uberaba – 12.ª Câmara Cível – Rel. Des. José Flávio de Almeida – j. 27.04.2011 – *DJEMG* 09.05.2011.

Todavia, a questão não é pacífica, sendo certo que do Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo já existiam decisões em sentido contrário, ou seja, pelo cancelamento da sumular. Por todos: "Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Purgação da mora. Faculdade excluída pelas inovações introduzidas no Decreto-lei 911/1969 pela Lei 10.931/2004. Inadmissibilidade. Não há se falar em purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária em garantia, ante as modificações trazidas pela Lei 10.931/2004" (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – AI 873.712-00/6 – 8.ª Câmara – Rel. Juiz Orlando Pistoresi – j. 02.12.2004). Na mesma linha, outros tantos arestos trazem a mesma conclusão, de superação da citada sumular (ver: TJDF – Recurso 2010.00.2.006330-9 – Acórdão 430.572 – 3.ª Turma Cível – Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa – *DJDFTE* 01.07.2010, p. 71 e TJMG – Agravo de Instrumento 0053691-09.2011.8.13.0000, Montes Claros – 17.ª Câmara Cível – Rel.ª Des.ª Márcia de Paoli Balbino – j. 03.03.2011 – *DJEMG* 05.04.2011).

Do próprio Superior Tribunal de Justiça, infelizmente, concluindo desse modo: "Agravo Regimental no Recurso Especial. Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada. Contrato garantido com cláusula de alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Purgação da mora após a vigência da Lei 10.931/04. Impossibilidade. Necessidade de pagamento da integralidade da dívida. Súmula 83 do STJ. 1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. Com a nova redação do artigo 3º do Decreto-Lei 911/69, dada pela Lei 10.931/04, não há mais se falar em purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, devendo o devedor pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 dias após a execução da liminar, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus. 3. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte Superior impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do Enunciado 83 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental não provido" (STJ – AgRg no REsp 1.183.477/DF – Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) – 3.ª Turma – j. 03.05.2011 – *DJe* 10.05.2011).

De toda sorte, observe-se que a questão ainda não encontrou visão pacífica na prática jurisprudencial. Tanto isso é verdade que a Súmula 284 ainda não foi cancelada pela Corte Superior, restando a controvérsia na prática do Direito Privado Brasileiro.

Seguindo na abordagem dos contratos de adesão, o § 3º do art. 54 do CDC determina que os instrumentos respectivos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. A menção ao tamanho da letra foi introduzida pela Lei 11.785/2008, diante de alguns abusos cometidos na prática. Todavia, contata-se que, se a *boa educação contratual* existisse no Brasil, a norma seria até desnecessária.

O preceito está sincronizado com o outrora estudado art. 46 da Lei Consumerista, que enuncia a nulidade de cláusulas ininteligíveis ou incompreensíveis. Ilustrando, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o contrato de seguro médico-hospitalar que assume a forma de adesão deve vir redigido de forma clara, a possibilitar o seu entendimento pelo aderente leigo. Eventualmente, em caso de dúvidas, a interpretação do contrato deve ser feita da maneira mais propícia ao consumidor (STJ – REsp 311509/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 03.05.2001 – *DJ* 25.06.2001, p. 196).

Sem prejuízo desse preceito, preconiza o § 4º do art. 54 do CDC que as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor inseridas em contratos de adesão deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. Deve ficar claro que o preceito não afasta a possibilidade de se reconhecer que a cláusula é nula por abusividade, nos termos do art. 51 da mesma norma. Fazendo incidir a primeira regra, sem prejuízo de outras decisões, vejamos julgado publicado no recente *Informativo* 463 do STJ:

> "Cláusula limitativa. Cobertura. Seguro. Validade. Foi celebrado contrato de seguro de vida e, apenas quando da entrega do manual, enviado após a assinatura da proposta, é que foi informada ao segurado a cláusula restritiva de direito. Assim, a Turma deu provimento ao recurso por entender afrontado o art. 54, § 4º, do CDC, uma vez que a cláusula restritiva de direitos deveria ter sido informada de forma clara e precisa, no momento da contratação. É inegável que a conduta da recorrida malferiu o princípio da boa-fé contratual consignado não apenas no CDC, mas também no CC/2002. Precedente citado: REsp 485.760-RJ, *DJ* 1º.03.2004" (STJ – REsp 1.219.406-MG – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 15.02.2011).

A findar este capítulo, cumpre refazer um esclarecimento categórico importante. Infelizmente, como outrora exposto, há certa confusão na doutrina e jurisprudência entre os conceitos de contrato de consumo e contrato de adesão. De fato, tais categorias muitas vezes não se identificam e não devem ser confundidas. Isso porque o conceito de contrato de consumo é retirado da análise dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/1990, que apontam os elementos da relação jurídica de consumo (Capítulo 3 desta obra). Por outra via, o contrato de adesão é aquele em que as cláusulas contratuais são predispostas por uma das partes, de forma plena ou restrita, restando à outra a opção de aceitá-las ou não.

Vale lembrar: nem todo contrato de consumo é de adesão e nem todo contrato de adesão é de consumo. Nesse sentido, foi aprovada a nossa proposta de enunciado na *III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004, segundo a qual "o contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo" (Enunciado n. 171).

Visualizando em termos práticos, exemplifica-se com uma situação em que uma pessoa adquire um tapete. Ela vai até uma loja especializada e discute todos os termos do contrato, barganhando o preço e impondo até mesmo a data de entrega, celebrando para tanto um instrumento sob forma escrita. Essa pessoa é consumidora, pois é destinatária fática e econômica do tapete, mas o contrato assumiu a forma paritária. Aplica-se todo o Código Consumerista, com exceção do que consta do seu art. 54.

Repisando outro exemplo, em situação oposta, vejamos o caso de um contrato de *franchising*, ou franquia. O franqueado recebe toda a estrutura do franqueador, que cede inclusive o direito de utilização da marca. Nesse contrato, observa-se que o franqueado recebe todo o conteúdo da avença não como destinatário final – seja fático ou econômico –, mas como intermediário, para repassar aos consumidores finais, que irão adquirir seus produtos ou serviços. Esse contrato, obviamente, não assume a forma de contrato de consumo, mas, na prática, é contrato de adesão, eis que o franqueador impõe todo o conteúdo do pacto. O franqueado, assim, não terá a seu favor a proteção do CDC, mas apenas a proteção prevista do CC/2002 em prol do aderente (arts. 423 e 424).

1 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil* – teoria geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2003. v. II: Acções e factos jurídicos. p. 432.

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil:* alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 225.

3 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 92.

4 MACEDO JR., Ronaldo. *Contratos relacionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

5 MACEDO JR., Ronaldo. *Contratos relacionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 5.

6 Como se extrai da clássica de obra de Washington de Barros Monteiro, que entende que o Código Civil Brasileiro de 1916 fez bem ao não conceituar ao contrato (*Curso de direito civil* – 2ª parte. 34. ed. Atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5: Direito das Obrigações. p. 4).

7 Sobre os princípios do Código Civil brasileiro de 2002: REALE, Miguel. Estrutura e espírito do novo Código Civil Brasileiro. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.

8 GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 5.

9 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 21.

10 CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 1992. p. 1.042.

11 NALIN, Paulo. *Do contrato*: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255.

12 Sobre o tema de aplicação dos direitos fundamentais constitucionais nas relações privadas, valem como consulta as obras de Daniel Sarmento (*Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004) e de Ingo Wolfgang Sarlet *(A influência dos direitos fundamentais no direito privado*: o caso brasileiro. Separata da obra *Direitos fundamentais e direito privado* – uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2006).

13 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenação de Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 37.

14 Sobre a supremacia da autonomia privada sobre a autonomia da vontade, recomenda-se a leitura das obras de Francisco Amaral (*Direito civil* – introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003); Fernando Noronha (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:* autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994); Renan Lotufo (*Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I e II); Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón (*Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2003. v. 1); Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português* – parte geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. t. I); Enzo Roppo (*O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988); Álvaro Villaça Azevedo (*Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário*. 3. ed. Belém: CEJUP, 1988); e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dessemelhança. *Direito civil* – estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 135-143).

15 Conceito inspirado em Fernando Noronha e Daniel Sarmento, constante em obra escrita em coautoria com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual:* temas atuais. São Paulo: Método, 2008. p. 45-50).

16 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:* autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, cit., p. 113.

17 DÍEZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio Gullón. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2003. v. 1, p. 379.

18 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 89.

19 Sobre o tema, ver: TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Volume 4. Direito das Coisas. São Paulo: GEN/Método, 2014. Capítulo 1.

20 BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giulliano; VECA, Salvatore. *Crise de la democrazia e neocontrattualismo*. Roma: Editora Riuniti, 1984.

21 ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 31, p. 2, 2009.

22 ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 31, p. 4.

23 ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 31, p. 8.

24 Nesse sentido, inspirado na doutrina de Paulo Lôbo, o trabalho de Rodrigo Toscano de Brito, fruto de sua tese de doutorado defendida na PUC-SP (BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos. Civil, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007).

25 Conforme exposição realizada no *I Encontro Regional da Associação dos Advogados de São Paulo*, em Campinas, no dia 12 de março de 2010, em painel sobre Direito Civil, que contou com a mediação do presente autor.

26 Por todos os civilistas, mencionado a teoria da imprevisão como fundamento: AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva –

"Laesio enormis". In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. vol. 2; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 302-303; VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 395.

27 A respeito de tais dificuldades, ver: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: GEN/Método, 2011. v. 3: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Capítulo 4.

28 A afirmação de ter sido adotada a teoria da imprevisão pelo CDC pode ser encontrada em: FILOMENO, José Geraldo Brito. 9. ed. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 207-209.

29 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 146-147.

30 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 912-913.

31 KHOURI, Paulo R. Roque. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 93-94.

32 ALMEIDA, João Batista de. Resolução e revisão dos contratos. In: PFEIFFER, Roberto. A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (cords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Convergências e assimetrias. São Paulo: RT, 2005. p. 242-243.

33 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 279.

34 LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandéz Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

35 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 71.

36 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206.

37 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 866.

38 MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; e CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 234-238.

39 NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 548.

40 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. Trata-se da obra definitiva a respeito do tema, uma tese de doutorado defendida na clássica Universidade de Lisboa, com cerca de 1.300 páginas.

41 SIMÃO, José Fernando. *Direito civil. Contratos. (*Série Leituras Jurídicas). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 38.

42 DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 399.

43 GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. De acordo com o novo Código Civil. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 87-94.

44 GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. De acordo com o novo Código Civil. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 88.

45 SIMÃO, José Fernando. *Direito civil. Contratos. (*Série Leituras Jurídicas). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

46 Nesse sentido: ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 112-114.

47 DÍEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Editorial Bosch, 1963.

48 SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório. Tutela de confiança e venire contra factum proprium.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 124.

49 Sobre o tema, da jurista: FRADERA, Vera Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 19, 2004.

50 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 911.

51 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 944.

52 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 944.

53 NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 945.

54 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 574-575.

55 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 574-575.

56 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do*

Consumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 930.

57 MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; e CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 245.

58 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 382.

59 SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 142.

60 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 944-949.

61 KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 105.

62 NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 566-567.

63 NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 566-567.

64 NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 572-573; MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 256-257.

65 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 253.

66 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei 9.307/1996. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 51.

67 Conclusões retiradas de: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2009.

68 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 949; MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 253-245.

69 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 255.

70 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 596.

71 MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; e CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 251.

72 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 955.

73 PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 114.

74 PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*, cit., p. 114.

75 Ver: BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5: Responsabilidade civil, p. 365.

76 Nesse sentido: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*: análise do nexo causal. São Paulo: RT, 2008. p. 96.

77 NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 563.

78 NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 563.

79 SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 145.

80 Como entendem, por todos, Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 958).

81 Veja-se: NEIVA, Gerivaldo. A Súmula 381 do STJ. Um ato falho? Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2009/05/sumula-381-do-stj-artigo-de-gerivaldo.html>. Acesso em: 1º maio 2011; GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. É sempre vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário? Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/Artigo_pabloesal_381.doc>. Acesso em: 1º maio 2011.

82 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 941.

83 MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; e CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 254.

84 TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005; TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

85 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Teoria geral das obrigações. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, p. 300.

86 SIMÃO, José Fernando. Cláusula Penal e Abono de Pontualidade ou Cláusula Penal e Cláusula Penal disfarçada. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf1109.html>. Acesso em: 2 maio 2011.

87 Os enunciados doutrinários aprovados na *IV Jornada de Direito Civil* são de Christiano Cassettari (*Multa contratual*. Teoria e prática. São Paulo: RT, 2009). Com a mesma conclusão, ver: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 359; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Teoria geral das obrigações. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, p. 324.

88 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações* São Paulo: RT, 2006. p. 273.

89 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 1.051.

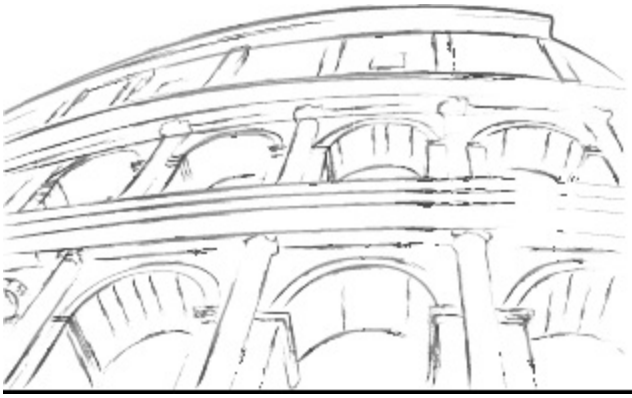
90 CARPENA, Heloísa. Contornos atuais do superendividamento. *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233.

91 FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 77.

92 GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*: condições gerais dos contratos, São Paulo: RT, 1972. p. 3.

93 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87.

94 GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*: condições gerais dos contratos, São Paulo: RT, 1972. p. 120.



6

A PROTEÇÃO QUANTO À OFERTA E À PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sumário: 6.1. Panorama geral sobre a tutela da informação e o Código de Defesa do Consumidor – 6.2. A força vinculativa da oferta no art. 30 da Lei 8.078/1990 – 6.3. O conteúdo da oferta e a manutenção de sua integralidade – 6.4. A responsabilidade civil objetiva e solidária decorrente da oferta – 6.5. A publicidade no Código de Defesa do Consumidor. Princípios informadores. Publicidades vedadas ou ilícitas: 6.5.1. A vedação da publicidade mascarada, clandestina, simulada ou dissimulada (art. 36 do CDC); 6.5.2. A vedação da publicidade enganosa (art. 37, § 1º, do CDC); 6.5.3. A vedação da publicidade abusiva (art. 37, § 2º, do CDC) – 6.6. O ônus da prova da veracidade da informação publicitária.

6.1. PANORAMA GERAL SOBRE A TUTELA DA INFORMAÇÃO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como restou claro pela leitura de todos os capítulos deste livro até o momento, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor tem um cuidado especial em relação à valorização da boa-fé objetiva e da aparência, trazendo um Direito Privado mais concreto e efetivo, e menos formalizado. Tal caminho de escolha fica evidenciado, do mesmo modo, pelo presente capítulo, pelo estudo da proteção relativa à oferta e à publicidade.

Além da relação com o princípio da boa-fé objetiva, repise-se que o amplo amparo relativo à oferta interage com o princípio da transparência ou da confiança. Como consta do Capítulo 2 desta obra, o mundo contemporâneo é caracterizado pela enorme velocidade e volume crescente de informações, *armas de sedução* utilizadas pelos fornecedores e prestadores para atraírem os consumidores à aquisição de produtos e serviços. O tópico relativo ao tema no CDC (arts. 30 a 38) serve para proteger o vulnerável negocial, exposto a tais artifícios de atração. Lembre-se, igualmente, que, com o passar dos tempos, novas informações surgiram, o que não significa que houve a distribuição igualitária de dados entre as pessoas, eis que tais informações ficam inicialmente em poder de uma parcela de indivíduos, os *hiperssuficientes da relação jurídica*.

Deve ser esclarecido que o termo *oferta* é genérico, devendo ser visto em sentido amplo (*lato*

sensu), a englobar qualquer forma de comunicação ou transmissão da vontade que visa a seduzir ou a atrair o consumidor para a aquisição de bens. A construção, portanto, inclui a publicidade, principal artifício utilizado para fins de prestação de serviços ou fornecimento de produtos. Nesse contexto de definição, vejamos as palavras ilustrativas de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

> "Conceito de oferta. Denomina-se oferta qualquer informação ou publicidade sobre preços e condições de produtos ou serviços, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma. Pode haver oferta por anúncio ou informação em vitrine, gôndola de supermercados, jornais, revistas, rádio, televisão, cinema, Internet, videotexto, fax, telex, catálogo, mala-direta, *telemarketing, outdoors*, cardápios de restaurantes, lista de preços, guias de compras, prospectos, folhetos, panfletos etc.".[1]

Do ponto de vista técnico-terminológico, não se pode confundir a *publicidad*e, que tem fins de consumo e de circulação de riquezas, com a *propaganda*, que tem finalidades políticas, ideológicas ou sociais. Isso, apesar da existência de alguns doutrinadores que entendem que as expressões são sinônimas do ponto de vista jurídico, caso de Rizzatto Nunes.[2] Anote-se que também no Superior Tribunal de Justiça podem ser encontradas decisões entendendo pela sinonímia entre os termos (veja-se, sem prejuízo de outros acórdãos que ainda serão transcritos: REsp 1.151.688/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 17.02.2011 – *DJe* 22.02.2011; e STJ – REsp 1057828/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 02.09.2010 – *DJe* 27.09.2010).

Para os corretos fins de distinção, como bem esclarece Antonio Herman Benjamim, "Os termos publicidade e propaganda são utilizados indistitivamente no Brasil. Não foi esse, contudo, o caminho adotado pelo Código de Defesa do Consumidor. Não se confundem publicidade e propaganda, embora, no dia a dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda".[3] As diferenças apontadas constam do quadro a seguir:

Publicidade	**Propaganda**
Tem fins comerciais, de consumo e circulação de riquezas.	Tem fins políticos, sociais, culturais e ideológicos.
Envolve uma remuneração direta, diante de seu intuito de lucro.	Não tem intuito de lucro.
Tem sempre um patrocinador.	Nem sempre tem um patrocinador.
Exemplo: anúncio publicitário de uma loja de eletrodomésticos ou de uma montadora de veículos.	Exemplo: propaganda do governo para uso de preservativo no carnaval.

A partir do quadro exposto, constata-se, como outro exemplo prático, que, como não há propaganda para os fins de venda de produtos ou serviços, não existe a figura do "*garoto propaganda*", sendo o termo correto "*garoto publicidade*".

Feitos tais esclarecimentos, cumpre destacar que a oferta e a publicidade envolvem a formação do contrato de consumo, notadamente a sua fase pré-contratual. Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do Código Civil de 2002 (arts. 427 a 435 e 462 a 466), não especifica, com riqueza de detalhes, regras quanto à formação do contrato de consumo. Isso faz com que seja

possível, eventualmente, buscar socorro nas regras comuns de Direito Privado quando houver dúvida quanto à constituição da obrigação de natureza consumerista, particularmente tendo em vista a festejada teoria do *diálogo das fontes*, normalmente invocada (*diálogo de complementaridade*). Essa interação entre as leis serve também para resolver os problemas relativos à formação dos contratos digitais ou eletrônicos, celebrados pela internet.

Vejamos as regras relativas ao tema no Código Consumerista, entre os arts. 30 a 38 da Lei 8.078/1990, sem prejuízo de outros regramentos igualmente aplicáveis à fase pré-negocial, ou seja, às tratativas iniciais para a formação do pacto de consumo.

6.2. A FORÇA VINCULATIVA DA OFERTA NO ART. 30 DA LEI 8.078/1990

O art. 30 da Lei Consumerista traz em seu conteúdo os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, ao vincular o produto, o serviço e o contrato ao meio de proposta e à publicidade, demonstrando que a conduta proba deve estar presente na fase pré-contratual do negócio de consumo. Enuncia o *caput* do comando que "Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado".

Nas palavras do Ministro Herman Benjamin, o dispositivo traz um novo princípio, qual seja o *princípio da vinculação*, uma vez que o art. 30 do CDC dá caráter vinculante à informação e à publicidade, atuando de duas maneiras: "primeiro, obrigando o fornecedor, mesmo que se negue a contratar; segundo, introduzindo-se (e prevalecendo) em contrato eventualmente celebrado, inclusive quando seu texto o diga de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculativo".[4] Dessa forma, para se efetivar a vinculação, cabem as medidas de tutela específica previstas para as obrigações de fazer e não fazer, caso da busca e apreensão e da fixação de multa ou *astreintes* (art. 84 do CDC). Preceitua o importante art. 35 do Código Consumerista que, se o fornecedor de produtos ou serviços recusar o cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: *a)* exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; *b)* aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; *c)* rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos (resolução do negócio com a consequente responsabilização civil). Em suma, efetiva-se sobremaneira a possibilidade de o consumidor fazer respeitar *a palavra dada* pelo fornecedor ou prestador quando de sua oferta prévia.

Deve ficar claro que, por uma questão de *escolha principiológica*, este autor prefere associar o art. 30 do CDC aos princípios da boa-fé e da função social do contrato (eficácia interna), sendo certo que a norma em comento representa uma das mais fortes mitigações da força obrigatória da convenção (*pacta sunt servanda*) em todo o sistema jurídico nacional. Nesse contexto, não há a necessidade de criação de mais um princípio jurídico para justificar a norma, como preferem alguns juristas de escol.

Constata-se que o art. 30 do CDC tem o condão de fazer prevalecer a oferta em relação às cláusulas contratuais. Então, simbologicamente, é como se o conteúdo do contrato fosse *rasgado* ou

inutilizado e depois substituído pelo teor da informação prestada quando do início da contratação. Em outras palavras, todos os elementos que compõem a oferta passam a integrar automaticamente o conteúdo do negócio celebrado.

Fazendo-se o devido *diálogo* com o CC/2002, a força vinculativa da proposta consta do seu art. 427, sendo pertinente lembrar que são suas partes integrantes o proponente ou policitante – aquele que faz a proposta –, e o oblato ou policitado – aquele que recebe a proposta. Porém, ressalte-se que o texto privado não tem expressamente toda a força vinculante do texto consumerista. Além disso, insta verificar que o Código Civil também trata da oferta ao público, no seu art. 429, dispondo o seu *caput* que "A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos". Não restam dúvidas de que o último comando foi fortemente influenciado pelo CDC, sendo possível aplicar as duas leis em muitas situações, como naquelas envolvendo os contratos eletrônicos, em que há oferta geral de produtos ou serviços na *web*.

De toda sorte, ressalve-se que o Código Civil de 2002 estabelece em seu art. 428 algumas hipóteses em a proposta não é obrigatória, não tendo força vinculativa. Como primeira exceção, deixa de ser obrigatória a proposta se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita, o que é denominado *contrato com declaração consecutiva* (art. 428, inc. I, do CC).[5] Igualmente, deixa de ser obrigatória a proposta originária se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente, chamado *contrato com declarações intervaladas* (art. 428, inc. II, do CC).[6] Ato contínuo, a proposta não será obrigatória se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado (art. 428, inc. III, do CC). Por fim, a obrigatoriedade da proposta é afastada se, antes dela, ou simultaneamente a ela, chegar ao conhecimento do oblato a retratação feita do proponente (art. 428, inc. IV, do CC).

Com o devido respeito, na opinião do presente autor, tais previsões não se coadunam com o profundo sistema de proteção do CDC, não se aplicando aos contratos de consumo. Ademais, os preceitos expostos têm remota origem, estando superados, pois criados para uma outra realidade de comunicação. Na verdade, a diferenciação entre contratos entre presentes e entre ausentes que consta do Código Civil de 2002 ainda leva em conta o modelo de *contrato epistolar* (por cartas), no que concerne à comunicação à distância. Por fim, ficam as palavras de Bruno Miragem, com base em Claudia Lima Marques, no sentido de ter a *oferta tratada pelo Código Civil adotado a teoria da vontade*, enquanto *a oferta do CDC adotou a teoria da declaração*, o que justifica as diferenças de tratamento.[7]

Superados tais diálogos, como não poderia ser diferente, várias são as decorrências práticas do art. 30 da Lei 8.078/1990 na jurisprudência nacional, inclusive com a adoção de medidas para fazer cumprir os exatos termos da oferta preliminar. Um dos principais exemplos envolve a hipótese em que as empresas de plano de saúde são obrigadas a cumprir o informado pela mídia ou por instrumentos publicitários quanto à ausência de prazo de carência para a prestação serviços (plano *carência zero*). Vejamos duas das ementas que concluem desse modo:

> "Responsabilidade civil. Plano de saúde. Injusta recusa do fornecedor de serviços de permitir a internação de emergência do consumidor, sob a alegação de que não havia sido ainda cumprido o prazo de carência. Ainda que esteja registrado no contrato de adesão a previsão de prazo de carência, a oferta veiculada ao consumidor prevalece sobre as limitações previstas no contrato

de adesão. Incidência do disposto no art. 30 do CDC. Além disso, não merece prosperar o argumento do recorrente no sentido de que o consumidor teria agido de má-fé ao omitir o fato de ser portador de doença preexistente. Aplicação da teoria do risco do empreendimento, segundo o qual aquele que aufere os bônus tem que suportar os ônus. Se não teve o apelante o cuidado de saber com quem estava a contratar, ainda mais se for considerado o fato de ser o segurado tetraplégico e portador de deficiência mental, não tendo o mesmo, por óbvio, condições de ocultar seu peculiar e frágil estado de saúde, há de ser rechaçada a alegação de ter o mesmo agido de má-fé no momento da contratação. À míngua de recurso por parte do consumidor, deve restar mantida na íntegra a sentença atacada. Recurso conhecido e desprovido" (TJRJ – Apelação 2009.001.19028, São Gonçalo – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Maria Ines da Penha Gaspar – j. 22.04.2009 – *DORJ* 14.05.2009, p. 179).

"Ação de indenização. Contrato de seguro-saúde. Responsabilização por despesas de internação e tratamento. Ausência de exame pré-admissional para avaliação de doenças preexistentes. Carência 'zero' difundida através da mídia. Prestação de serviços subordinada ao Código de Defesa do Consumidor. Sistema privado de saúde, que complementa o público e assume os riscos sociais de seu mister. Direito absoluto à vida e à saúde que se sobrepõe ao direito obrigacional. Recurso não provido" (TJSP – Apelação Cível 104.633-4/SP – Terceira Câmara de Direito Privado de Julho/2000 – Rel. Juiz Carlos Stroppa – j. 01.08.2000, v. u.).

Do mesmo modo, se uma instituição de ensino vincula previamente a possibilidade de descontos em caso de matrículas em determinado período, tal declaração passa a compor o contrato, cabendo medidas concretas para a efetivação da publicidade (TJDF – Recurso 2009.04.1.002085-9 – Acórdão 497.239 – Quinta Turma Cível – Rel. Des. Angelo Passareli – *DJDFTE* 20.04.2011, p. 108; TJDF – Recurso 2009.04.1.002471-6 – Acórdão 497.367 – Quinta Turma Cível – Rel. Des. Angelo Passareli – *DJDFTE* 20.04.2011, p. 108; e TJDF – Recurso 2005.01.1.101420-8 – Acórdão 452.239 – Primeira Turma Cível – Rel. Des. Lécio Resende – *DJDFTE* 08.10.2010, p. 83).

A obrigatoriedade de respeito à oferta de desconto igualmente é aplicada contra empresas de telefonia, cabendo as medidas descritas no art. 35 do CDC, conforme numerosos julgados que podem ser encontrados. Por todos:

"Prestação de serviços. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória. Telefonia móvel. Plano pré-pago. Recarga de celular com proposta promocional à consumidora. Descumprimento da oferta pela fornecedora. Impossibilidade. Propaganda anunciada que vincula o contrato. Inteligência dos arts. 30 e 35 da Lei 8.078/1990. Danos morais. Inocorrência. Aborrecimento corriqueiro que não gerou prejuízo ou constrangimento passíveis de reparação. Sentença mantida. Recursos improvidos" (TJSP – Apelação Cível 990.09.254046-7 – Acórdão 4204199, Franca – Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Andreatta Rizzo – j. 18.11.2009 – *DJESP* 08.01.2010).

"Consumidor. Telefonia móvel. Ação cominatória cumulada com reparação de danos. Promoções *pula-pula* e *amigos toda hora* da Brasil Telecom. Fornecedora dos serviços que, unilateralmente, altera os termos iniciais das promoções, em desfavor ao consumidor. Adendo ao regulamento ditando a não cumulação das vantagens, antes cumuláveis. Em se tratando de relação de consumo, a oferta é vinculativa. Art. 30 do CDC. Necessidade de assegurar ao cliente a continuidade da promoção original. Danos morais configurados, decorrentes da desconsideração com a pessoa do consumidor. *Astreintes*. Cabimento. Limitação do valor, atendendo a critérios de razoabilidade" (TJRS – Recurso 71000931048 – Segunda Turma Recursal Cível – Juiz Relator Eduardo Kraemer – Comarca de Porto Alegre – j. 17.05.2006).

Outra interessante ilustração, de acórdão do Tribunal Paulista, é relativa à publicidade veiculada pelos órgãos de imprensa, envolvendo um famoso cantor sertanejo, segundo a qual haveria o sorteio de dois carros. Como houve apenas o sorteio de um automóvel, a empresa veiculadora foi obrigada a realizar o do outro, conforme a promessa anterior. Vejamos a curiosa ementa do julgado:

"Ação de obrigação de fazer. Divulgação enganosa de promoções. Em uma, 'Desculpe mas eu vou chorar', seriam sorteados 700 ingressos do show de Leonardo e entre os ganhadores um carro; na outra, 'Promoção do Dia das Mães e do Dia dos Namorados', seriam sorteados 1.100 ingressos para assistir ao show de Leonardo e um carro. Sorteio de apenas um veículo, e não de dois carros como se extrai da divulgação das promoções. Propaganda que não atende os requisitos dos arts. 30 e 31 do

CDC, motivo pelo qual o fornecedor deve ser compelido a cumprir a oferta. Recurso desprovido" (TJSP – Apelação 9130212-54.2003.8.26.0000 – Acórdão 5019797, São Paulo – Sétima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Pedro Baccarat – j. 23.03.2011 – *DJESP* 13.04.2011).

Da mesma Corte Estadual, seguindo nos exemplos, colaciona-se intrigante julgado que fez a oferta prevalecer nos moldes da simbologia antes exposta, mitigando fortemente a força obrigatória de uma convenção para a aquisição de um imóvel:

"Compromisso de compra e venda. Ação de cobrança julgada improcedente, dando-se por procedente a reconvenção. Material publicitário que ofertava o imóvel pelo preço de R$ 36.500,00, a ser financiado com instituição financeira. Contratado o financiamento com o ente financeiro, a construtora outorgou ao adquirente a escritura do imóvel, mas passou a exigir fosse firmada segunda promessa de venda e compra, prevendo financiamento suplementar, no valor de R$ 10.000,00. Impressos de publicidade que integram o contrato, gerando uma fonte de obrigação para o fornecedor (art. 30 do CDC). Abusividade manifesta da exigência de financiamento suplementar, que não prevalece (art. 51, IV, do CDC). Ademais, uma vez transferida a propriedade do imóvel aos compradores, esvaziou-se de objeto o segundo compromisso. Ação improcedente, procedente a reconvenção. Recurso improvido" (TJSP – Apelação 9094745-43.2005.8.26.0000 – Acórdão 4884384, São Paulo – Primeira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk – j. 30.11.2010 – *DJESP* 14.03.2011).

Com precisão teórica, Herman Benjamim demonstra que o art. 30 do CDC não merece incidência nas situações de *simples exagero* ou *puffing*, que não obriga o fornecedor. Cita o jurista expressões exageradas permitidas, como "o melhor sabor", "o mais bonito", "o maravilhoso".[8] Obviamente, tais exageros são utilizados em um sentido genérico para atrair o consumidor, que não pode exigir que o produto seja o melhor de todos do mundo, segundo o seu gosto pessoal.

Para encerrar, algumas palavras devem ser ditas a respeito do *erro crasso* ou patente na vinculação da notícia, como nas hipóteses em que um determinado modelo de veículo é anunciado em jornais por preço muito menor, correspondente a 10% do seu valor de mercado. O tema é bem enfrentado por Rizzatto Nunes, para quem, em regra, não pode a empresa veiculadora da informação alegar o engano, a não ser "se a mensagem, ela própria, deixar patente o erro, pois caso contrário o fornecedor sempre poderia alegar que agiu em erro para negar-se a cumprir a oferta".[9] Como tem se entendido no plano jurisprudencial, o anúncio, para não vincular o declarante, deve trazer uma patente onerosidade excessiva, uma declaração de valor irrisório em relação ao valor real de mercado, perceptível de plano. Deduz-se, corretamente, que a boa-fé objetiva exigida do fornecedor ou prestador também vale para o consumidor. Nessa linha:

"Apelação cível. Direito do consumidor. Ação de obrigação de fazer. Oferta veiculada em jornal. Pretendida aquisição de automóvel pelo preço anunciado. R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Erro de digitação do periódico anunciante. Errata publicada prontamente. Valor anunciado extremamente abaixo do preço de mercado. R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais). Improcedência em primeiro grau. Inconformismo. Publicidade enganosa. Inocorrência. Enriquecimento ilícito flagrante. Pretensão contrária à boa-fé objetiva. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido. O Código do Consumidor contém regras que devem ser aplicadas com proporção e razoabilidade. A literalidade do disposto nos arts. 30 e 35, I, da Lei 8.078/1990 não se presta ao locupletamento ilícito e esperteza do consumidor, em ofensa a todo e qualquer referencial de boa-fé. 'A boa-fé objetiva é elemento negocial que se exige do consumidor tanto quanto do fornecedor. Recurso provido, para julgar improcedente a ação' (TJRS – Rel. Mylene Maria Michel, *in* Recurso Cível n. 71000727123, j. 24.08.2005)" (TJSC – Apelação Cível 2005.024478-6, Criciúma – Primeira Câmara de Direito Civil – Rel. Des. Carlos Adilson Silva – *DJSC* 24.09.2009, p. 61).

"Entrega de coisa certa. Direito do consumidor. Mercadoria com valor anunciado de forma errada. Fato que evidencia erro e não dolo do comerciante. Desproporção entre o preço real e o anunciado. Enriquecimento ilícito. Não cabimento. O art. 30, do CDC, consagra o princípio da boa-fé, que deve vigorar nas relações de consumo desde a fase pré-contratual, obrigando o fornecedor a cumprir o prometido em sua propaganda. No entanto, não se pode obrigar o fornecedor a vender mercadoria pelo

preço anunciado, se não se vislumbra a existência de dolo, mas sim de evidente erro na informação, denunciado pela grande desproporção entre o preço real do equipamento e o anunciado. A boa-fé, que a Lei exige do fornecedor, também é exigida do consumidor. 'Assim, na hipótese de equívoco flagrante e disparatado presente em informação ou publicidade, não se pode consentir na vinculação obrigacional do fornecedor almejada por consumidor animado pelo propósito do enriquecimento ilícito' (OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor Anotado e Comentado*, Ed. Atlas, p. 201)" (TJMG – Apelação Cível 1.0701.05.133023-4/001, Uberaba – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Elias Camilo – j. 27.06.2007 – *DJMG* 23.07.2007).

Deve ficar claro que o Direito Civil tem superado a discussão a respeito da escusabilidade ou não do erro, ou seja, se o engano deve ser justificável ou não. Procura-se, assim, resolver os casos concretos a partir do princípio da boa-fé, um dos baluartes do sistema privado nacional. Nessa linha de raciocínio, na *I Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado 12 do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:* "na sistemática do art. 138 do Código Civil, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança".

6.3. O CONTEÚDO DA OFERTA E A MANUTENÇÃO DE SUA INTEGRALIDADE

A complementar o sentido do seu dispositivo antecedente, o art. 31 da Lei 8.078/1990 estabelece que a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Como feliz proposta de inovação, frise-se que o PL 281/2012 pretende incluir menção aos riscos ao meio ambiente, em sadio *diálogo* com o art. 225 da CF/1988 e a legislação ambiental. Em complemento, o art. 31 do CDC ganharia mais um parágrafo, a preceituar que as informações sobre qualidades ambientais dos produtos ou serviços devem atender aos seguintes princípios: *a)* veracidade, uma vez que as informações ambientais devem ser verdadeiras e sempre passíveis de verificação e comprovação; *b)* exatidão, pois as informações ambientais devem ser exatas e precisas, não cabendo informações genéricas e vagas; *c)* pertinência, eis que as informações ambientais devem ter relação com os processos de produção e comercialização dos produtos e serviços anunciado; e *d)* relevância, porque o benefício ambiental salientado deverá ser significativo em termos do impacto do produto ou serviço sobre o meio ambiente, em todo o seu ciclo de vida, ou seja, na sua produção, uso e descarte.

Sem prejuízo dessa projeção, na atual realidade legislativa, o quadro a seguir facilita a visualização da norma, sendo certo que os *substantivos* constituem os dados mínimos relativos aos produtos e serviços, enquanto os *adjetivos*, as qualificações exigidas pela lei em relação à oferta:

Substantivos – dados mínimos dos produtos e serviços.	**Adjetivos – qualificações relativas a esses dados.**
Informações sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros.	Devem ser corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, tudo visando à facilitação da compreensão pelos consumidores.

Em suma, o conteúdo relativo à oferta deve ser completo, de modo que o consumidor seja

devidamente informado a respeito daquilo que está sendo adquirido. Em todas as situações, deve-se levar em conta um nível de informações compatíveis com o *brasileiro médio*, ou seja, deve-se facilitar ao máximo a compreensão do conteúdo. Tal dever de informar mantém interação indeclinável em relação à boa-fé objetiva e a transparência exigidas na fase pré-negocial.[10]

Como todo o sistema consumerista, os elementos constantes na tabela são meramente exemplificativos (*numerus apertus*) e não exaustivos (*numerus clausus*), pois o que é valorizado é o conhecimento do objeto da oferta pelo consumidor. Tanto isso é verdade que o art. 33 do CDC, em um sentido suplementar, determina que, em caso de oferta ou de venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial. Como não poderia ser diferente, a última norma tem incidência para a contratação eletrônica celebrada pela internet na sociedade da informação.

Consigne-se que foi acrescido um parágrafo único no último preceito, pela Lei 11.800/2008, enunciando expressamente que é proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina. A última norma visou a afastar a atuação desenfreada das empresas de *telemarketing*, que muitas vezes atuam em abuso de direito, com os fins de benefícios diretos ou indiretos.

Deve ficar claro que o desrespeito a tal dever de informar gera amplas consequências em relação ao fornecedor ou prestador, como a responsabilização civil e a imposição de sanções administrativas, tratadas a partir do art. 55 da Lei 8.078/1990. A título ilustrativo, analisando a estrutura e a função do art. 31 do CDC, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdãos recentes, concluiu que as contas telefônicas que não trazem detalhadamente a quantidade de pulsos utilizados violam o dever de informação, sujeitando-se as empresas correspondentes às penalidades previstas em lei. Houve divergência apenas quanto à extensão temporal de tal exigência, conforme se depreende de uma das ementas, a seguir transcrita:

> "Administrativo. Consumidor. Telefonia fixa. Pulsos. Detalhamento. Ressalva do relator. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar demanda sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), decidiu que: *a)* a discriminação de todas as ligações locais, dentro ou fora da franquia, passou a ser exigido a partir de 1º de agosto de 2007; e *b)* o fornecimento da fatura detalhada é ônus da concessionária. 2. Ressalva do ponto de vista do Relator sobre o tema, no sentido de que, mesmo antes da edição do Decreto 4.733/2003 e da Resolução ANATEL 432/2006, a falta, na conta telefônica, das referidas exigências macula a prestação do serviço com o vício de qualidade por inadequação, conforme os arts. 6º, III, 20, 22 e 31 do CDC. 3. Agravos Regimentais não providos" (STJ – AgRg-AgRg-Ag 1.337.817/PR – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 15.03.2011 – *DJE* 25.04.2011).

O conteúdo do art. 31, do mesmo modo, foi analisado por aquela Corte Superior no julgamento envolvendo a necessidade de informações nos alimentos relativas ao glúten, de mesma relatoria. A ementa de conclusão, com diversas menções ao dispositivo, é longa, concluindo pela necessidade da prestação da informação, merecendo transcrição o seu trecho inicial e principal:

> "Direito do consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. Rotulagem. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo de aplicação da Lei do Glúten (Lei 8.543/1992, ab-rogada pela Lei 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor. Mandado de segurança preventivo. Justo receio da impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. Sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten

aos doentes celíacos. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança. (...)" (STJ – REsp 586.316/MG – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 17.04.2007 – *DJE* 19.03.2009).

Do corpo do julgado extrai-se excelente doutrina a respeito das informações prestadas, nos seguintes termos: "A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa. 11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço). 12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão. (...) O CDC estatui uma obrigação geral de informação (= comum, ordinária ou primária), enquanto outras Leis, específicas para Certos setores (como a Lei 10.674/2003), dispõem sobre obrigação especial de informação (= secundária, derivada ou tópica). Esta, por ter um caráter mínimo, não isenta os profissionais de cumprirem aquela. (...). 17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são frequentemente a minoria no amplo universo dos consumidores" (STJ – REsp 586.316/MG – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 17.04.2007 – *DJE* 19.03.2009).

Ainda para concretizar o comando consumerista, do Superior Tribunal de Justiça cabe também colacionar recente julgado publicado no seu *Informativo n*. 468, que responsabilizou entidade bancária pelo desrespeito às informações previamente mal prestadas. Vejamos o teor da publicação:

"Responsabilidade. Redirecionamento. Aplicações financeiras. O recorrente fez aplicações em fundo gerido pela instituição financeira recorrida, do qual era correntista. Sucede que ela redirecionou suas aplicações para outro banco alheio à relação contratual que, após, sofreu intervenção do Bacen, o que ocasionou a indisponibilidade dos valores aplicados. Diante disso, o recorrente pretende a responsabilização da recorrida pelos danos materiais causados ao fundamento de violação do art. 31 do CDC. Mesmo ao se considerar que os fundos de investimentos comportam contratos de risco, aleatórios e, geralmente, dependentes do acaso, é certo que o investidor (consumidor) que se utiliza dos préstimos de fornecedor de serviços bancários está albergado pelas normas do CDC, além do princípio da boa-fé e seus deveres anexos, o que impõe ao banco a exigência de fornecer informações adequadas, suficientes e específicas a respeito do serviço prestado ao investidor. Assim, na hipótese, o redirecionamento das aplicações do recorrente configura operação realizada pela recorrida fora de seu compromisso contratual e legal, o que, sem dúvida, extrapola a *alea* inerente a esse contrato. Dessarte, não há que se comparar a hipótese aos casos referentes ao risco da desvalorização do real diante do dólar americano (em que há precedente da Terceira Turma pela não responsabilização do banco) ou mesmo aos de ações que perdem abruptamente seu valor na bolsa de valores, pois está presente na espécie o elemento volitivo (a escolha da própria recorrida), com o qual o conceito de risco que poderia desonerar a instituição bancária de sua responsabilidade, por revestir-se de incerteza, é incompatível. Assim, ausente a *alea*, a mera presunção de conhecimento ou a anuência quanto aos riscos não são fundamentos a desonerar a recorrida de ressarcir ao recorrente os valores aplicados, pois aquela não se desincumbiu de comprovar que o recorrente lhe concedera expressa autorização, devendo, assim, arcar com a má escolha operada supostamente em nome do cliente. Esse entendimento foi acolhido pela maioria dos componentes da Turma no prosseguimento do julgamento. Precedentes citados: REsp 1.003.893-RJ, *DJe* 08.09.2010, e REsp 747.149-RJ, *DJ* 05.12.2005" (STJ – REsp 1.131.073-MG – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 05.04.2011).

Seguindo nas ilustrações, o Tribunal de São Paulo entendeu pelo desrespeito ao art. 31 do CDC pelo fato de o hipermercado ter colocado pescado à venda em momento próximo ao prazo de vencimento, sem que isso tivesse sido ostensivamente informado aos consumidores. No caso em apreço, ficaram evidenciados os danos ao consumidor, a justificar até a reparação imaterial:

> "Apelação. Ação de indenização por danos morais. Alimento deteriorado. Compra de pescado exposto em bancada de gelo. Prazo de validade de um dia. Letra minúscula. Informação insuficiente. Falta de informação de que o alimento não poderia ser congelado. Art. 31 do CDC. Dever de informação não observado pelo hipermercado fornecedor. Risco à saúde do consumidor. Configuração. Dano moral. Tipificação. Conduta inadequada ou insuficiente do fornecedor pondo em risco a saúde do consumidor, atributo da personalidade. Reparabilidade do dano moral. Sentença. Improcedência. Reforma parcial. Indenização fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada demandante. Apelação provida parcialmente" (TJSP – Apelação 9157713-41.2007.8.26.0000 – Acórdão 4798366, Santo André – Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Amorim Cantuária – j. 09.11.2010 – *DJESP* 11.01.2011).

Seguindo no estudo da norma, o parágrafo único do art. 31 do CDC, incluído pela Lei 11.989/2009, prescreve que "As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével". O dispositivo tem incidência, por exemplo, para carnes, massas e derivados do leite. A expressão *indelével* quer dizer "indestrutível, inapagável, justamente para evitar o desaparecimento de dados essenciais sem os quais o consumidor pode estar sujeito a um consumo que o exponha a intoxicação".[11]

Em complemento ao preceito geral a respeito do conteúdo das informações previamente prestadas, o art. 32 da Lei 8.078/1990 preceitua que os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Se cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei. Esse tempo razoável, por óbvio, deve levar em conta a *vida útil média* do produto, bem como a sua difusão no mercado de consumo. A norma visa justamente a fazer cumprir a oferta anterior, quando da aquisição originária do produto, mantendo a sua integralidade. O desrespeito ao preceito faz com que esteja caracterizado o vício de qualidade no produto, cabendo as opções previstas no art. 18 da Lei 8.078/1990.

Como exemplo concreto de desrespeito ao preceito, pode ser citado o caso da montadora de veículos russa Lada. Os veículos começaram a ser importados e vendidos no Brasil no ano de 1991 e, sete anos depois, diante da diminuição das vendas, a montadora parou de atuar no País. Como consequência, milhares de consumidores ficaram sem as peças de reposição dos veículos, o que gerou enormes prejuízos. A grande maioria dos veículos está em ferros velhos ou parados em casas e oficinas. Alguns ainda rodam, principalmente entre os *jipeiros* que conseguiram substituir as peças por outras de montadoras diversas, fazendo adaptações no veículo.

Em casos mais recentes, a jurisprudência tem entendido pela possibilidade de rescisão do contrato de aquisição do bem por desrespeito ao preceito do art. 32 do CDC. Como primeiro exemplo, vejamos decisão do Tribunal Gaúcho nesse sentido, relativa a problema em *home theater*:

> "Reparação de danos. Defeito no produto. *Deceiver* para *home theater*. Ausência de peça no mercado para efetuar o conserto do bem. Carência do componente menos de quatro anos após a aquisição. Período que não pode ser considerado razoável diante da vida útil prevista para o *deceiver*. Hipótese em que o produto adquirido não satisfez a legítima expectativa do consumidor. Desatendimento do art. 32 do Código de Defesa do Consumidor. Restituição do valor pago pelo produto. Sentença mantida. Recurso desprovido. Unânime" (TJRS – Recurso 9525-30.2011.8.21. 9000, Teutônia – Terceira Turma Recursal Cível

– Rel. Des. Elaine Maria Canto da Fonseca – j. 14.04.2011 – *DJERS* 26.04.2011).

Com conclusão muito próxima, vejamos outra decisão do mesmo Tribunal, referente a problema em peça de televisor, em que se fez uma correta interpretação do prazo razoável previsto no parágrafo único do art. 32, levando-se em conta o tempo médio de uso do eletrodoméstico:

> "Consumidor. Aparelho televisor. Defeito. Ausência de peça de reposição para o conserto. Desatendimento do art. 32 do Código de Defesa do Consumidor. Inocorrência de dano moral. 1. Sendo a vida útil de um aparelho televisor entre 10 e 20 anos e tendo o mesmo apresentado defeito com menos de três anos de uso, não tendo sido consertado em virtude da inexistência de peça no mercado, faz jus o autor à restituição do valor pago, pois presente a responsabilidade da demandada, nos termos do art. 32 do Código de Defesa do Consumidor. 2. No caso, o período razoável de oferta de componentes e peças de reposição mencionado no parágrafo único do art. 32 do Código de Defesa do Consumidor não se exauriu. Hipótese em que o produto adquirido não satisfez a legítima expectativa do consumidor. 3. Dano moral não configurado pelo simples descumprimento contratual, sem estar agregada qualquer lesão a atributo de personalidade do consumidor. Recurso parcialmente provido" (TJRS – Recurso Cível 71002661379, Caxias do Sul – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 09.11.2010 – *DJERS* 19.11.2010).

Na mesma linha, em decisão da mesma pioneira Corte Estadual, deduziu-se, a título ilustrativo, que o prazo de cinco anos é razoável para que o fabricante assegure a reposição de peças de um televisor de cinquenta e cinco polegadas e valor considerável (TJRS – Recurso Cível 71001812007, Lajeado – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. João Pedro Cavalli Júnior – j. 28.05.2009 – *DOERS* 05.06.2009, p. 150).

A encerrar o presente tópico, como exposto a respeito do *caso Lada*, é comum que o problema de reposição esteja relacionado a peças de automóveis, sendo necessária a sua importação. Em casos tais, além da possibilidade de resolução do negócio, é viável que o consumidor permaneça com o veículo, sendo indenizado por outros prejuízos, como os danos emergentes da necessidade de locar um outro automóvel para uso próprio (TJRJ – Apelação Cível 8656/1997, Rio de Janeiro – Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Semy Glanz – j. 17.03.1998).

6.4. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA DECORRENTE DA OFERTA

Como não poderia ser diferente, em sintonia com o sistema adotado pelo CDC, a responsabilidade civil que decorre da vinculação da oferta e da publicidade é de natureza objetiva, em regra. Como ensina o Ministro Herman Benjamin, "Sem dúvida alguma, a responsabilidade dos arts. 30 e 35 é objetiva, pois seu texto em nada alude à culpa do anunciante, razão pela qual não pode o intérprete agregá-la, muito menos num contexto em que, seja pela vulnerabilidade da parte protegida (o consumidor), seja pelas características do fenômeno regrado (a publicidade), o direito, antes mesmo da interferência do legislador, já se encaminhava na direção da objetivação da responsabilidade civil".[12]

Para o entendimento da responsabilidade objetiva como regra, contribui sobremaneira a parte final do art. 14 do CDC, que estabelece a responsabilidade independentemente de culpa nos casos de informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos do serviço. Além disso, não se pode esquecer que a quebra da confiança e da boa-fé objetiva gera uma responsabilidade sem culpa (Enunciado n. 363 CJF/STJ), o que, via de regra, está presente em relação à oferta ou publicidade.

No plano jurisprudencial, várias são as ementas de julgados que trazem tais conclusões de afastamento do modelo culposo ou subjetivo na oferta (TJBA – Recurso 0155094-84.2004.805.0001-1 – Quarta Turma Recursal – Rel. Juíza Eloisa Matta da Silveira Lopes – *DJBA* 24.11.2010; TJCE – Recurso Cível 2004.0004.3352-0/1 – Sexta Turma Recursal dos Juizados Especiais – Rel. Des. Heraclito Vieira de Sousa Neto – *DJCE* 19.02.2009, p. 184; TJDF – Recurso 2007.11.1.002268-6 – Acórdão 324.616 – Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Rel. Juiz Alfeu Machado – *DJDFTE* 20.10.2008, p. 147; TJMG – Apelação Cível 1.0024.05.786808-5/0031, Belo Horizonte – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Batista de Abreu – j. 26.03.2008 – *DJEMG* 26.04.2008; TJRJ – Apelação Cível 9348/2003, Rio de Janeiro – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Laerson Mauro – j. 17.06.2003; e 1º TAC-SP – Recurso 952708-2 – Quarta Câmara – Rel. Juiz Luiz Antonio Rizzatto Nunes – j. 29.11.2000).

Imperioso verificar a natureza da responsabilidade civil do profissional liberal em relação à oferta e à publicidade, se objetiva ou subjetiva. Por incidência do § 4º do art. 14 do CDC – que, como visto, serve para completar o sentido da responsabilidade pela oferta –, a responsabilidade é subjetiva, devendo ser provada a sua culpa. A título de exemplo, cite-se a hipótese envolvendo o dever de reparar pessoal do publicitário responsável pelo conteúdo das informações ou da celebridade que relaciona o seu nome ao produto, como se verá.

Além da responsabilidade objetiva como regra, a Lei 8.078/1990 estabelece a solidariedade entre todos os envolvidos na veiculação da oferta. Preconiza o *caput* do seu art. 34 que "O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos". Trata-se de uma decorrência normal do regime de solidariedade retirado do art. 7º, parágrafo único, do CDC. Ademais, como bem expõe a doutrina consumerista, adotou-se um modelo de *responsabilidade solidária por relação de pressuposição* , nos moldes do que consta dos arts. 932, inc. III, e 942, parágrafo único, do Código Civil de 2002.[13]

Compare-se que a responsabilidade pelo ato do preposto é objetiva, com a diferença substancial de que, no sistema consumerista, não há necessidade de se provar a culpa do último, do preposto. Tal confrontação é importante, pois, no sistema civil, a doutrina majoritária entende pela responsabilidade objetiva do empregador ou comitente, desde que provada a culpa do empregado ou preposto, o que é interpretação do art. 933 da codificação privada.[14] Trata-se daquilo que Álvaro Villaça Azevedo denomina uma *responsabilidade objetiva impura*, pela presença de culpa da outra parte.[15] De toda sorte, como bem expõe Bruno Miragem, no sistema consumerista é possível que a empresa também responda por culpa de seu preposto, assegurado o direito de regresso em face do culpado, nos termos do art. 934 do CC/2002, após ter sido satisfeito o consumidor nos seus direitos.[16]

De toda sorte, o teor de extensão do art. 34 do CDC é visto com reservas pela doutrina e pela jurisprudência. Como esclarece Herman Benjamin, pelo teor do dispositivo, o consumidor somente pode demandar o anunciante da oferta, em regra. Sendo assim, "tal limitação passiva do princípio traz, como consequência, a impossibilidade de o consumidor acionar, exceto em circunstâncias especiais, a agência e o veículo. Vale dizer, caso ao fornecedor fosse dado o direito de exigir sua responsabilidade a pretexto de que o equívoco no anúncio foi causado pela agência ou pelo veículo, o consumidor, não podendo acionar nenhum dos sujeitos envolvidos com o fenômeno publicitário, ficaria sem recurso jurídico disponível, ou seja, haveria de arcar sozinho com o seu prejuízo. Se a

desconformidade no anúncio decorrer de falha da agência ou do veículo, só o anunciante, e não o consumidor, dispõe dos recursos – inclusive contratuais –, para evitá-los, controlá-los e cobrá-los. A escolha e contratação da agência e do veículo são efetuados pelo próprio anunciante e só por ele. É ele quem os paga, os repreende e, eventualmente, por rompimento contratual, os aciona".[17] Essa impossibilidade de o consumidor demandar a agência e o veículo de comunicação, como regra, tem sido a conclusão do STJ, conforme ementas a seguir:

> "Civil e processual. Ação de cobrança, cumulada com indenização por danos morais. Contratação de empréstimo junto a instituição financeira. Depósito de importância a título de primeira prestação. Crédito mutuado não concedido. Atribuição de responsabilidade civil ao prestador do serviço e à rede de televisão que, em programa seu, apresentara propaganda do produto e serviço. 'Publicidade de palco'. Características. Finalidade. Ausência de garantia, pela emissora, da qualidade do bem ou serviço anunciado. Mera veiculação publicitária. Exclusão da lide. Multa procrastinatória aplicada pela instância ordinária. Propósito de prequestionamento. Exclusão. Súmula 98-STJ. CDC, arts. 3º, 12, 14, 18, 20, 36, parágrafo único, e 38; CPC, art. 267, VI. I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada 'publicidade de palco'. II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva *ad causam*, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir corresponsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio. III. 'Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório' (Súmula n. 98/STJ). IV. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 1157228/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 03.02.2011 – *DJe* 27.04.2011).

> "Recurso especial. Prequestionamento. Inocorrência. Súmula 282/STF. Falta de combate aos fundamentos do acórdão. Aplicação analógica da Súmula 182. Princípio da dialeticidade recursal. Ação civil pública. Consumidor. Veículos de comunicação. Eventual propaganda ou anúncio enganoso ou abusivo. Ausência de responsabilidade. CDC, art. 38. Fundamentos constitucionais. I. Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido. II. É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182. III. As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, arts. 3º e 38). IV. O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante – não às empresas de comunicação (art. 3º, CDC). V. Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial" (STJ – REsp 604.172/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 27.03.2007 – *DJ* 21.05.2007, p. 568).

Nos Tribunais Estaduais podem ser encontradas várias decisões na mesma linha, colacionando-se, por todas, a seguinte ementa, do Tribunal de Minas Gerais, excluindo a responsabilidade do veículo de comunicação: "Ação de indenização. Danos materiais e morais. Publicidade enganosa. Empresa de radiodifusão. Mera veiculadora. Ausência de responsabilidade. A empresa de radiodifusão que veicula publicidade ou propaganda posteriormente verificada como enganosa ou abusiva não possui responsabilidade pelo seu conteúdo. Cabe ao autor demonstrar que a empresa de comunicação extrapolou a sua função de veicular o conteúdo apresentado pelo fornecedor-anunciante, induzindo os consumidores a erro, bem como o nexo causal com os danos sofridos, sob pena de indeferimento dos pedidos de indenização" (TJMG – Apelação Cível 1335800-81.2006.8.13.0056, Barbacena – Décima Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Alvimar de Ávila – j. 30.03.2011 – *DJEMG* 02.05.2011).

Como o devido respeito ao próprio *autor* do dispositivo legal e à jurisprudência, essa não parece ser a melhor conclusão, por contrariar todo o sistema de proteção e de responsabilização objetiva do CDC. A atribuição de responsabilidade a apenas uma das pessoas da cadeia publicitária afasta-se da presunção de solidariedade adotada pela Lei Consumerista, representando uma volta ao sistema subjetivo de investigação de culpa. Além disso, há uma total declinação da boa-fé objetiva e

da teoria da aparência que também compõem a Lei 8.078/1990. Em reforço, para a responsabilização de todos os envolvidos, serve como luva o conceito de *fornecedor equiparado*, de Leonardo Bessa, exposto no Capítulo 3 da presente obra. Ademais, a publicidade parece entrar no *risco-proveito* ou no *risco do empreendimento* da agência e do veículo, que devem responder solidariamente pela comunicação. Por fim, deveria ser aplicado, por analogia, o entendimento constante da Súmula 221 do STJ, que trata da responsabilidade civil dos órgãos de imprensa, *in verbis*: "São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação".

Por tais argumentos, entendemos que, havendo uma publicidade ou oferta que causou danos aos consumidores, em regra e sem qualquer distinção, respondem solidariamente o veículo de comunicação, a empresa que a patrocinou e todos os responsáveis pelo seu conteúdo (agência de publicidade e seus profissionais). Destaque-se que essa também e a posição de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, citando o art. 45 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.[18] Transcreve-se o último dispositivo para as devidas reflexões:

> "A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao anunciante e à sua agência, bem como ao veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste artigo:
>
> a. o anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade;
>
> b. a agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o cliente anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela obediência aos preceitos deste Código;
>
> c. este Código recomenda aos veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios.
>
> Poderá o veículo:
>
> c.1) recusar o anúncio, independentemente de decisão do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, quando entender que o seu conteúdo fere, flagrantemente, princípios deste Código, devendo, nesta hipótese, comunicar sua decisão ao Conselho Superior do CONAR que, se for o caso, determinará a instauração de processo ético;
>
> c.2) recusar anúncio que fira a sua linha editorial, jornalística ou de programação;
>
> c.3) recusar anúncio sem identificação do patrocinador, salvo o caso de campanha que se enquadre no parágrafo único do art. 9º (*teaser*);
>
> c.4) recusar anúncio de polêmica ou denúncia sem expressa autorização de fonte conhecida que responda pela autoria da peça;
>
> d. o controle na recepção de anúncios, preconizado na letra *c* deste artigo, deverá adotar maiores precauções em relação à peça apresentada sem a intermediação de agência, que, por ignorância ou má-fé do anunciante, poderá transgredir princípios deste Código; e. a responsabilidade do veículo será equiparada à do anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR".

Apesar de a norma ter um caráter administrativo, não nos parece que haja qualquer problema em se adotar as mesmas premissas para a responsabilidade civil da agência de publicidade e do veículo de comunicação ante os consumidores, o que é dedução direta da aplicação da teoria do *diálogo das fontes*, em benefício do vulnerável negocial.

Feita tal ressalva teórica e prática, partindo-se para a exposição de julgados sobre a amplitude do art. 34 do CDC, os Tribunais Estaduais têm responsabilizado empresas de capitalização por informações errôneas prestadas por seus propostos, que induzem os consumidores a pensar que estão

adquirindo veículos ou a casa própria. Por todos, do Tribunal Paulista:

> "Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Título de capitalização. Publicidade enganosa que fez o consumidor acreditar que se tratava de contrato para aquisição de veículo. art. 37, § 1º, do CDC. Direito do consumidor à informação clara e precisa violado. Art. 6º, III e IV e 46 do CDC. Ré que responde por atos dos corretores que oferecem seus produtos aos consumidores. Devolução dos valores pagos devida. Art. 34 do CDC. Ré que, ainda, não propiciou o pagamento das parcelas, frustrando as expectativas do autor. Danos morais caracterizados que devem ser reparados. Fixação em R$ 5.000,00 que atende aos objetivos da reparação civil de danos. Pretensão do autor-apelante de indenização em perdas e danos e aplicação de sanção contratual suplementar. Inadmissibilidade. Recurso do autor parcialmente provido e da ré improvido" (TJSP – Apelação 0061580-22.2009.8.26.0000 – Acórdão 4914902, Campinas – Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. J. B. Franco de Godoi – j. 15.12.2010 – *DJESP* 10.02.2011).
>
> "Apelação. Título de capitalização. Ausência de informações suficientes que possibilitassem o conhecimento prévio de todo o conteúdo do contrato. Ofensa ao princípio da transparência (art. 46 do CDC). Publicidade enganosa vinculava a contratação dos títulos a aquisição de imóvel, gerando expectativas que não correspondem à realidade (art. 37, § 1º do CDC). Dano moral configurado diante do constrangimento e vergonha experimentados pelo apelante, que teve frustrada sua expectativa de aquisição de casa própria. Responsabilidade solidária configurada (art. 34 do CDC). Sucumbência. Ônus deverá ser suportado pelas apeladas diante do acolhimento do pleito recursal. Recurso provido" (TJSP – Apelação 991.09.004905-6 – Acórdão 4484395, Paraguaçu Paulista – Trigésima Sétima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Tasso Duarte de Melo – j. 02.09.2009 – *DJESP* 18.06.2010).

Do Superior Tribunal de Justiça colaciona-se importante decisão que responsabilizou empresa nacional pelos vícios do produto da empresa multinacional, adquirido no exterior. Ao invés do caminho da responsabilização solidária do art. 18 do CDC, percorreu-se a dedução pela teoria da aparência e pela responsabilidade decorrente da publicidade (no julgado tratada como sinônimo de propaganda):

> "Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca ('Panasonic'). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria. I. Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II. O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje 'bombardeado' diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III. Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV. Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V. Rejeita-se a nulidade arguida quando sem lastro na lei ou nos autos" (STJ – REsp 63.981/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – Rel. p/Acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 11.04.2000 – *DJ* 20.11.2000, p. 296).

Ainda para exemplificar, tem-se responsabilizado solidariamente a montadora de automóveis e a concessionária correspondente pelas informações mal prestadas quando da veiculação das informações em veículo de comunicação. Assim deduzindo:

> "Processo civil. Propaganda enganosa. Concessionária (revenda). Montadora (fabricante). Responsabilidade solidária. Reconhecimento da legitimidade passiva. Direito do consumidor. Descumprimento da oferta veiculada em revista de âmbito nacional. Consequências estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor. Dano moral não configurado. Nos termos do art. 30, do Código de Defesa do Consumidor, a concessionária de veículos é responsável solidária pela publicidade veiculada pela

respectiva montadora em revista com circulação nacional, daí porque rejeita-se a alegação de ilegitimidade passiva. Tendo em vista que as partes debateram sobre a questão de mérito e a prova resume-se a análise dos documentos juntados pelas partes e sua subsunção às normas legais, rejeitada a alegação de ilegitimidade passiva, é possível avançar e decidir o próprio mérito da demanda nos termos do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil. A publicidade enganosa, consistente em eventual discrepância entre as características do veículo anunciado e aquele que foi adquirido, não enseja a compensação por dano moral, a menos que se comprove a exposição a alguma situação capaz de atingir a integridade física e psíquica do consumidor, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 35, estabelece as consequências próprias desse inadimplemento, quais sejam o cumprimento forçado da oferta, a entrega de outro produto equivalente, ou rescisão do contrato, com as consequências financeiras daí advindas, a critério do consumidor. Recurso conhecido e provido para reconhecer a legitimidade passiva da ré, mas, no mérito, julgar improcedente o pedido contido na inicial" (TJDF – Recurso 2007.01.1.123989-4 – Acórdão 353.651 – Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Rel. Juiz César Loyola – *DJDFTE* 05.05.2009).

Ampliando sobremaneira o sentido do art. 34 do CDC, como deve ser, e fazendo incidir a *teoria da aparência*, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul responsabilizou solidariamente o Poder Público Municipal diante da frustração de curso de informática, em hipótese de participação da administração na veiculação das notícias:

"Administrativo. Ação coletiva. Frustração de curso de informática. Candidatos inscritos prejudicados. Participação do Poder Público Municipal e sua responsabilidade. Constatando-se da prova dos autos que sem a participação do Município, inclusive com a utilização do nome da Secretaria de Educação, na propaganda veiculada, não teria ocorrido a confiança daqueles que se inscreveram em frustrado curso de informática, não há como afastar a responsabilidade solidária do ente público com os demais agentes da malsinada arregimentação de candidatos que se viram financeiramente prejudicados. Obrigação de fazer. Publicação do dispositivo sentencial. Razoabilidade. Multa e Poder Público. A publicação do dispositivo sentencial, em duas edições semanais dos dois jornais locais, considerando a necessidade de dar ciência aos interessados, afigura-se inteiramente razoável, assumindo seus custos os obrigados solidários. A multa, como efetiva coerção patrimonial, apresenta-se como mecanismo inteiramente cabível à espécie, inclusive em face do Poder Público, não se apresentando o valor definido em sentença – R$ 1.000,00 por dia de atraso – como desproporcional, ante a facilidade de atendimento da obrigação de fazer, representando seu descumprimento manifesta desconsideração com o interesse público" (TJRS – Apelação 70037103249, Jaguarão – Vigésima Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Arminio José Abreu Lima da Rosa – j. 15.09.2010 – *DJERS* 01.10.2010).

Igualmente para elucidar o campo da norma, vejamos curiosa decisão do Tribunal do Rio de Janeiro, que responsabilizou solidariamente empresa de aluguel de roupas e um motel pela publicidade enganosa veiculada, a gerar danos morais a um casal de noivos:

"Direito civil. Responsabilidade civil. Descumprimento de cortesia oferecida por empresa de aluguel de roupas consistente em diária para os nubentes em suíte presidencial de motel. Responsabilidade solidária do motel e da loja de roupas. Comprovadas a propaganda enganosa e a situação vexatória a que foi submetido o casal (arts. 14 e 37 do CDC). Recursos. Primeira apelação. Pedido de reforma total da sentença. Descabimento. Provada nos autos a responsabilidade civil do hotel. Segunda apelação. Preliminar de ilegitimidade. Pedido de reforma da sentença. Descabimento. Demonstrada a cortesia oferecida pela loja, inclusive com fotos de *outdoors* mostrando a propaganda referente ao motel, juntadas aos autos pela própria empresa de aluguel de roupas. Recurso adesivo. Pedido de majoração da verba reparatória. Cabimento. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Não resta dúvida de que os noivos passaram por situações constrangedoras e degradantes, somando-se ao fato de que tudo se sucedeu num momento especial de suas vidas, e a noite que era para ser de intensa felicidade e amor tornou-se uma estressante aventura dantesca, entremeada de decepções e aborrecimentos. Desprovimento do primeiro e do segundo apelo, e provimento do recurso adesivo" (TJRJ – Apelação Cível 2005.001.41779 – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Nagib Slaibi – j. 07.02.2006).

Ato contínuo de estudo, deve-se concluir – em relação ao prazo prescricional para se pleitear os danos em decorrência da oferta – pela incidência do art. 27 do CDC, diante de uma equiparação ao vício do serviço. Desse modo, o prazo para a reparação de danos pelo consumidor é de cinco anos, a contar da ocorrência do dano ou de sua autoria (*actio nata*).

Encerrando o presente item, cumpre trazer a lume questão de debate relativa à responsabilidade civil das celebridades, artistas, atletas e outras pessoas com notoriedade que atrelam o seu nome a de produtos e serviços no meio de oferta ou publicidade, os chamados *garotos propaganda*, ou melhor, *garotos publicidade*.

A tese de responsabilização de tais pessoas é defendida pelo magistrado e professor Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, contando com o apoio de outros doutrinadores, caso de Herman Benjamin e Fábio Henrique Podestá, especialmente quando tais celebridades recebem porcentagem pelas vendas realizadas.[19] A premissa teórica igualmente conta com o apoio deste autor, pois a tese representa outra importante aplicação da teoria da aparência, valorizando-se mais uma vez a boa-fé objetiva nas relações de consumo, em prol dos consumidores. Não se olvide que, muitas vezes, os vulneráveis adquirem produtos e serviços diante da confiança depositada em tais artistas ou celebridades.

6.5. A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIOS INFORMADORES. PUBLICIDADES VEDADAS OU ILÍCITAS

A publicidade pode ser conceituada como sendo qualquer forma de transmissão difusa de dados e informações com o intuito de motivar a aquisição de produtos ou serviços no mercado de consumo. Como bem expõe Guido Alpa, nos últimos anos, a publicidade teve o seu papel alterado, de *mecanismo de informação* para *mecanismo de persuasão dos consumidores*.[20]

Em termos gerais, a tutela da informação pode ser retirada do art. 6º, inc. III, da Lei 8.078/1990, que reconhece como direito básico do consumidor "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem". Ato contínuo, o inciso seguinte estabelece também como direito fundamental dos vulneráveis negociais "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços" (art. 6º, inc. IV, do CDC).

Os dispositivos consumeristas complementam o teor do art. 220 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto no próprio Texto Maior. Em reforço, estabelece o § 4º que a propaganda comercial – leia-se corretamente publicidade – de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Como bem expõe Adolfo Mamoru Nishiyama, "a Constituição Federal traça controle da publicidade no Brasil e o mesmo ocorre com o CDC. Mas esses controles, constitucional e legal, não visam eliminar a publicidade, pelo contrário, a finalidade é evitar abusos. O sistema de controle da publicidade adotado no Brasil é misto, conjugando a autorregulamentação e a participação da administração e do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV)".[21]

Pois bem, a respeito dos princípios informadores da atuação publicitária, Antonio Herman V. Benjamin, *autor* do anteprojeto que gerou o CDC, enumera os seguintes:[22]

a) Princípio da identificação da publicidade – pois não se admite a publicidade clandestina ou subliminar.

b) Princípio da vinculação contratual da publicidade – diante da regra estampada no art. 30 do CDC, já estudada.

c) Princípio da veracidade da publicidade – pela vedação da publicidade enganosa.

d) Princípio da não abusividade da publicidade – pela proibição da publicidade abusiva, tida também como ilícita.

e) Princípio da inversão do ônus da prova – diante da regra do art. 38 do CDC, segundo a qual o conteúdo da publicidade deve ser provado por quem a patrocina.

f) Princípio da transparência da fundamentação da publicidade – a publicidade deve estar sintonizada com a boa-fé objetiva e a lealdade negocial.

g) Princípio da correção do desvio publicitário – além da reparação civil, presente o desvio, cabem medida administrativas e penais, bem como a necessidade de veiculação de uma contrapropaganda (art. 56, inc. XII, do CDC).

h) Princípio da lealdade publicitária – retirada do art. 4º, inc. VI, do CDC que dispõe como fundamento da Política Nacional das Relações de Consumo a "coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores".

i) Princípio da identificação publicitária – pela vedação da publicidade mascarada ou simulada/dissimulada.

Anote-se que, em sentido próximo, e com maior simplicidade, Bruno Miragem apresenta três princípios fundamentais para a publicidade, a saber: *a)* princípio da identificação; *b)* princípio da veracidade e; *c)* princípio da vinculação.[23] Fixadas tais premissas básicas, vejamos os tipos de publicidades que são vedadas pelo Código do Consumidor, tidas como ilícitas, pontualmente.

6.5.1. A vedação da publicidade mascarada, clandestina, simulada ou dissimulada (art. 36 do CDC)

Determina o *caput* do art. 36 da Lei 8.078/1990 que "A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal". Trata-se da vedação, por ilicitude, da *publicidade mascarada*, tida também com *publicidade simulada ou dissimulada*. É aquela transmissão de informações que parece que não é publicidade, mas é publicidade. Pode ser feito um paralelo com a simulação, vício social típico do Direito Civil (art. 167 do CC/2002), pois, nos dois casos, há uma discrepância entre a vontade interna e a vontade manifestada, isto é, entre aparência e essência.

Em tom didático, leciona Fábio Ulhoa Coelho que "Publicidade simulada é a que procura ocultar o seu caráter de propaganda". E ilustra: "São exemplos de publicidade simulada a inserção, em jornais e periódicos, de propaganda com aparência externa de reportagem, ou a subliminar, captável pelo inconsciente, mas imperceptível ao consciente".[24] Como se nota, o jurista segue a linha de sinomínia entre publicidade e propaganda.

Consigne-se que Rizzatto Nunes prefere utilizar o termo *publicidade clandestina*, o que está em sintonia com o art. 9º do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o qual preceitua que toda publicidade deve ser ostensiva: "Aqui no *caput* do art. 36 a lei determina que além de ostensivo o anúncio publicitário deve ser claro e passível de identificação imediata pelo consumidor. É a proibição da chamada publicidade clandestina. A conhecida técnica de *merchandising* – que é especialmente praticada em programas e filmes transmitidos pela televisão ou projetados em filmes no cinema – afronta diretamente essa norma. O *merchandising* é a técnica utilizada para veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em produtos e filmes".[25]

Deve ficar claro que esse tipo de publicidade ilícita não interessa tanto à responsabilidade civil consumerista, mas sim à imposição de multas administrativas pelos órgãos competentes. Em outras palavras, a categoria está mais próxima da tutela administrativa do que da tutela material do consumidor.

Por fim, o parágrafo único do art. 36 estabelece que o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. Na verdade, o dispositivo deveria completar não o art. 36, mas o art. 38 da Lei Consumerista, pois o seu teor tem mais relação com a prova da veracidade das informações publicitárias veiculadas que, de forma automática, cabe à empresa que as patrocina. O tema ainda será abordado, fechando o presente capítulo.

6.5.2. A vedação da publicidade enganosa (art. 37, § 1º, do CDC)

O *caput* do art. 37 da Lei 8.078/1990 proíbe expressamente a publicidade enganosa, aquela que induz o consumidor ao engano. Em tom de conceituação, define o § 1º da norma que "É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços".

Apesar da menção ao engano, ao erro, não se pode esquecer que o ato de indução representa dolo, ou seja, uma atuação maliciosa praticada com intuito de enganar outrem e ter benefício próprio. Então, o paralelo deve ser feito, em *diálogo das fontes*, em relação ao tratamento desse vício do consentimento, tratado entre os arts. 145 a 150 do CC/2002. Como se extrai do próprio comando transcrito, a publicidade enganosa pode ser por *ação* ou *por omissão*.

Na *publicidade enganosa por ação*, há um dolo positivo, uma atuação comissiva do agente. Cite-se como exemplo a campanha publicitária que afirma que determinado veículo tem um acessório, o que não é verdade. O mesmo pode ocorrer em relação a um eletrodoméstico, como no seguinte caso: "Tendo em vista que o consumidor foi induzido em erro ao pensar que estava adquirindo uma câmera capaz de gravar vídeos com áudio, quando, em realidade, o produto não possuía tal função, ficou comprovada a publicidade enganosa autorizadora de rescisão contratual, com devolução do valor pago pelo bem" (TJRS – Recurso 38878-52.2010.8.21.9000, Campo Bom – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 14.04.2011 – *DJERS* 25.04.2011).

Na *publicidade enganosa por omissão* há um dolo negativo, com atuação omissiva. Conforme o § 3º do art. 37 do CDC, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. Pode ser traçado um paralelo em relação ao art. 147 do CC, que trata do silêncio intencional como dolo negativo: "Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado". A título de exemplo, cite-se a hipótese em que uma empresa de refrigerantes lança uma campanha publicitária, mas deixa de informar aos consumidores que os prêmios constam das suas tampinhas (STJ – REsp 327.257/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 22.06.2004 – *DJ* 16.11.2004, p. 272).

Além dessas concretizações, vejamos como as Cortes Julgadoras têm apreciado o problema da

publicidade enganosa (tratada, muitas vezes, como sinônimo de propaganda enganosa), para os devidos fins de ilustração. De início, colaciona-se ementa do próprio STJ, que consagrou a responsabilidade objetiva diante da veiculação de publicidade enganosa relativa a celular:

> "Civil e processual. Agravo regimental. Responsabilidade. Relação de consumo. Propaganda enganosa. Consumidora atraída. Celular. Modificação contratual. Dano moral. Comprovado. Valor indenizatório. Redução. Patamar razoável. Intervenção do STJ. Necessidade. Agravo regimental improvido" (STJ – AgRg no Ag 1045667/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 17.03.2009 – *DJe* 06.04.2009).

Na mesma linha, recente decisão do Tribunal Gaúcho, relativa a um problema semelhante:

> "Consumidor. Serviço de internet 3G. Falha na prestação do serviço. Publicidade enganosa. Cancelamento do contrato sem a incidência de multa. 1. Não tendo a ré comprovado efetivamente a utilização do serviço, bem como a disponibilidade do sinal na região onde reside o autor, tem-se que houve falha na prestação do serviço em questão. Salienta-se, ainda, que, apesar de ser a mobilidade a principal característica do serviço de internet 3G, é obrigação da ré disponibilizar o produto na região onde é residente o consumidor, o que, no presente caso, não ocorreu. 2. Assim, havendo falha na prestação do serviço contratado, impõe-se o cancelamento do contrato sem qualquer ônus ao consumidor. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido" (TJRS – Recurso 47266-41.2010.8.21.9000, Canela – Primeira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 28.04.2011 – *DJERS* 04.05.2011).

Do Tribunal do Distrito Federal destaque-se brilhante acórdão que, em *diálogo das fontes*, aplica os conceitos da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da dignidade humana, para concluir pela presença de publicidade enganosa na venda de produto para emagrecer pela internet:

> "Civil. CDC. Publicidade enganosa. Danos morais e materiais suportados. Produto ofertado como remédio para emagrecimento. Compra do produto. Ineficácia. Indução do consumidor a erro. Enganosidade. Quebra da boa-fé contratual. art. 422, do Código Civil Brasileiro de 2002. Abuso de direito. Caráter vinculativo da proposta. Arts. 30 e 37, do Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078/1990. Proteção do consumidor. Responsabilidade civil objetiva. Produto considerado como alimento com publicidade suspensa pela ANVISA. Publicidade via internet. Nexo causal e dano configurados. Oferta. Publicidade. Promessa de efeitos não evidenciados. Violação do art. 5º, incs. V e X, da CF/1988 c/c art. 12 c/c arts. 30, 35, III, 37 e 39, IV, 47, do CDC, Lei 8.078/1990. Inversão do ônus da prova. Art. 38 da Lei 8.078/1990, além de considerar *in casu* a hipossuficiência técnica evidente. Vulnerabilidade do consumidor à luz do art. 6º, VIII, do CDC. Devolução do produto. Restituição do valor pago que se impõe. Dano moral caracterizado. Constrangimento, abalo moral, frustração, angústia e indução a erro aproveitando-se da fragilidade e da boa-fé de consumidora hipossuficiente. Princípio da dignidade da pessoa humana. Fixação do *quantum* em atenção aos critérios reguladores da matéria, sob o balizamento dos princípios da razoabilidade e proporcionabilidade. Precedentes das Turmas Recursais. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. Unânime. [...]. Função social do contrato e interpretação do contrato de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47, do CDC – Lei 8.078/1990). 5. Constitui publicidade enganosa (art. 37, § 1º, do CDC) o anúncio de empresa que oferta produto para emagrecer na internet, desconsiderando proibição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (suspensão determinada), fazendo promessas de perda de dois quilos por semana. Resultado proclamado não obtido após cumprimento das orientações previstas. Angústia, constrangimento, frustração e indignação anormais, que excedem o que se entende como naturais, regulares por força da vida em coletividade. Quebra da boa-fé. O art. 30, do CDC, consagra o princípio da boa-fé que deve vigorar nas relações de consumo desde a fase pré-contratual, visando tal norma coibir os abusos praticados por intermédio do chamado *marketing*, obrigando o fornecedor a cumprir o prometido em sua propaganda. [...] Sentença reformada. Unânime" (TJDF – Acórdão 2007.07.1.003002-4 – Segunda Turma Recursal – Rel. Juiz Alfeu Machado – *DJU* 24.09.2007, p. 113).

Voltando ao Superior Tribunal de Justiça, merece ser citado aresto que diz respeito à venda de um empreendimento divulgado e comercializado como um hotel, mas que, na verdade, era um residencial com serviços e que veio a ser interditado pela municipalidade. De acordo com o julgamento, "o princípio da vinculação da publicidade reflete a imposição da transparência e da boa-

fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços obriga-se nos exatos termos da publicidade veiculada, sendo certo que essa vinculação estende-se também às informações prestadas por funcionários ou representantes do fornecedor. Se a informação se refere a dado essencial capaz de onerar o consumidor ou restringir seus direitos, deve integrar o próprio anúncio, de forma precisa, clara e ostensiva, nos termos do art. 31 do CDC, sob pena de configurar publicidade enganosa por omissão. No caso concreto, desponta estreme de dúvida que o principal atrativo do projeto foi a sua divulgação como um empreendimento hoteleiro – o que se dessume à toda vista da proeminente reputação que a Rede Meliá ostenta nesse ramo –, bem como foi omitida a falta de autorização do Município para que funcionasse empresa dessa envergadura na área, o que, a toda evidência, constitui publicidade enganosa, nos termos do art. 37, *caput* e § 3º, do CDC, rendendo ensejo ao desfazimento do negócio jurídico, à restituição dos valores pagos, bem como à percepção de indenização por lucros cessantes e por dano moral" (STJ – REsp 1.188.442/RJ – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Quarta Turma – j. 06.11.2012 – *DJe* 05.02.2013).

Seguindo nas elucidações práticas, em muitas situações a jurisprudência confirma que o simples fato do engano pela publicidade, por si só, não gera dano moral, que deve decorrer das circunstâncias fáticas e das máximas de experiência. Por todos:

> "Processual civil. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Propaganda promocional. Adesão dos consumidores. Serviço não prestado. Frustração. Dano moral caracterizado. Reexame do conjunto fático-probatório. Súmula 7 do STJ. Violação aos arts. 458 e 535 do CPC. Inexistência. *Quantum* indenizatório. Razoável. Agravo improvido. I. Não procede a alegação de ausência de fundamentação no acórdão recorrido, quando está o mesmo completo, motivado e com os requisitos necessários à formação de uma sentença. II. O STJ recebe o quadro probatório tal como delineado pelo Tribunal estadual e o reexame de provas encontra o óbice da Súmula 7 desta Corte. III. Agravo regimental improvido" (STJ – AgRg no Ag 796.675/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 13.11.2007 – *DJ* 17.12.2007, p. 185).

Do Tribunal Paulista, é interessante o recente acórdão que aplicou o conceito de publicidade enganosa em face de instituição de ensino superior, diante do engano causado pelo não reconhecimento do curso, o que fez gerar danos morais pela frustração causada nos alunos:

> "Responsabilidade civil. Conduta imprópria de entidade de ensino. Cooptação de alunos, expondo-lhes à formatura, sem a necessária regularização do curso. Publicidade enganosa, capaz de induzir em erro o consumidor. Dano moral. Dever reparatório. Inteligência do art. 5º, V e X, da Constituição Federal; art. 186, do Código Civil; arts. 6º, III e IV, 14, *caput* e § 1º, 31 e 37, § 1º, da Lei 8.078/1990. Apelo da autora. Provimento. Recurso da ré, a que se nega provimento" (TJSP – Apelação 9081234-70.2008.8.26.0000 – Acórdão 5069055, Votuporanga – Trigésima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Carlos Russo – j. 13.04.2011 – *DJESP* 28.04.2011).

Do mesmo modo, entende-se que há publicidade enganosa no caso de oferta de condições bem vantajosas para a compra de veículo que entra em conflito com o teor do contrato, aplicando-se, em casos tais, os já estudados arts. 30 e 35 do CDC. Nesse contexto de dedução, "A publicidade exerce hodiernamente papel fundamental nas relações de consumo, influenciando sobremaneira o comportamento do consumidor, quando não o determinando, de maneira que sua disciplina deve ter equivalência contratual, com direcionamento pautado na ética, boa-fé e dirigismo contratuais. Nesse contexto é que o legislador estatuiu como direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, IV, CDC). É enganosa a publicidade se as condições de financiamento de veículo ofertadas em campanha

publicitária feita através de impressos/encartes não são mantidas por ocasião do fechamento do negócio" (TJMG – Apelação Cível 0437539-56.2009.8.13.0106, Cambuí – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza – j. 06.10.2010 – *DJEMG* 29.11.2010).

Seguindo o mesmo caminho, deduziu o Tribunal Fluminense que as declarações constantes em folhetos publicitários, não cumpridas, podem fazer caracterizar a publicidade como enganosa, notadamente se gerar no consumidor justas expectativas que são frustradas posteriormente. Vejamos:

> "Na presente hipótese, a autora reclama de publicidade enganosa, na medida em que recebeu folheto de propaganda, prometendo que, no dia do aniversário da autora, sua despesa não seria cobrada, desde que levasse um acompanhante pagante. Todavia, no referido dia, o estabelecimento réu ignorou o panfleto promocional, cobrando também a despesa da autora. A sentença rechaçou a pretensão autoral ao argumento de que, por se tratar de uma Feira, já havia uma promoção que vigorava para todos, de 50% do valor do rodízio de carnes, e assim, não poderia haver cumulação de promoções, o que teria sido veiculado em anúncios de jornal. Ocorre que, a meu ver, não era a autora obrigada a saber da existência de tal anúncio promocional para todos. No panfleto dirigido exclusivamente a ela, autora, nenhuma ressalva havia. A seu turno, a ré não pode escudar-se em uma isenção promocional parcial dirigida a todos os clientes, para negar uma isenção total de despesa, prometida especificamente a ela, autora. O ato ilícito da ré, consubstanciado na publicidade enganosa, parece-me evidente, a merecer condenação pelo Judiciário. O transtorno daí decorrente é relevante, desborda do comum do cotidiano, e o constrangimento deveras ocorreu, e em público, para quem pretendia usufruir do benefício, e não conseguiu. Assim, enxergo dano moral indenizável, que deve ser compensado também no seu viés punitivo e pedagógico. Razoável, na espécie, a fixação da reparação civil no patamar de R$ 1.000,00 (um mil reais). Por sua vez, a dobra na devolução do indevidamente cobrado se impõe, na forma do art. 42, parágrafo único, do CDC, o que importa na condenação em R$ 105,40. Diante desse quadro, sou pelo provimento do recurso para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido inicial, impondo à empresa ré indenização por danos materiais no valor de R$ 105,40, e ainda, de indenização por danos morais em favor da autora no valor de R$ 1.000,00. Sem honorários" (TJRJ – Recurso 2007.700.0137943, Capital – Rel. Juiz Renato Lima Charnaux Sertã – j. 17.04.2007 – *DORJ* 28.11.2007, p. 344).

Na prática, a publicidade não pode fazer promessas concretas mirabolantes, sob pena de caracterização do dolo publicitário enganoso. Nessa linha, vejamos interessante decisão do Tribunal Gaúcho, em situação que não pode ser tida como um exagero tolerável (*puffing*):

> "Consumidor. Publicidade enganosa. Anúncio de curso de 'leitura dinâmica' garantindo resultados inatingíveis. Direito à restituição dos valores pagos pelo curso. Dano moral caracterizado. Sendo legítima a expectativa do autor de que obtivesse, através de programa integral de leitura oferecido pelo réu, condições de ler 2.000 palavras por minuto, com 100% de retenção, e vendo frustrada tal expectativa pela inatingibilidade da meta prometida, responde o réu pelos prejuízos causados. Publicidade enganosa, prometendo a leitura de '200 páginas em 20 minutos com 100% de compreensão e retenção'. Indenização dos danos materiais equivalentes aos valores despendidos com o curso e fixação da indenização dos danos morais em quantia módica (ementa extraída do Recurso Inominado n. 71002666576, de relatoria do eminente Dr. Ricardo Torres Hermann). Recurso desprovido" (TJRS – Recurso 32258-24.2010.8.21.9000, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Leandro Raul Klippel – j. 27.01.2011 – *DJERS* 08.02.2011).

Como bem esclarece Rizzatto Nunes, "se o *puffing* puder ser medido objetivamente, e, de fato, não corresponder à verdade, será, então, enganoso. Assim, por exemplo, se o anúncio diz que aquela pilha é 'a pilha que mais dura', tem de poder provar. Se é o 'isqueiro' que acende mais vezes, também. Se é o 'carro mais econômico da categoria', da mesma forma etc.".[26] Todavia, vale a ressalva de Fábio Ulhoa Coelho, no sentido de que "o fantasioso (necessariamente falso) nem sempre induz ou é capaz de induzir o consumidor em erro. A promoção, por exemplo, de *drops*, através da apresentação de filme com pessoas levitando ao consumi-lo, implica veiculação de informações falsas (a guloseima não tem o efeito apresentado), mas evidentemente insuscetível de enganar o consumidor".[27]

Sem prejuízo do *puffing*, cumpre tecer algumas palavras a respeito da prática do *teaser*, que vem a ser a utilização de artifícios de atração, para que o consumidor tenha um primeiro contato com um produto ou serviço a ser adquirido. Cite-se, a título de exemplo, campanha publicitária recente do *Limão*, empresa do grupo Estado (www.limao.com.br). Ou, ainda, publicidade de veículo que utiliza a expressão "ele está chegando", sem apontar qual o modelo. Assim, como ocorre com os exageros publicitários, tais artifícios, em regra, são permitidos, desde que não configure publicidade enganosa ou abusiva, servindo o Código Consumerista como mecanismo de controle.

Por fim, na ótica do CDC, deve ser visto com ressalvas o conceito de *dolus bonus* ou dolo bom, aquele que não prejudica a parte, ou até a beneficia. Como bem esclarece Carlos Ferreira de Almeida, jurista português, a construção do *dolus bonus* foi colocada em xeque no sistema lusitano, por contrariar o preceito máximo de lealdade na contratação e o direito à informação consagrados pela norma consumerista.[28] A conclusão deve ser a mesma no sistema brasileiro. Dessa forma, se a conduta publicitária for capaz de causar qualquer tipo de engano, mesmo que indireto, a gerar prejuízos mediatos ao consumidor, ficará configurada a publicidade ilícita. Caso não haja prejuízo, não se pode falar em publicidade enganosa. Concluindo da última forma, do Tribunal do Rio Grande do Sul:

> "Apelação cível. Responsabilidade civil. Propaganda enganosa. Danos morais. Não verificação. Improcedência do pedido. Manutenção. Não configura propaganda enganosa a divulgação, por parte da financeira, de que opera com as melhores taxas do mercado. Tal mensagem publicitária, para qualquer cidadão com o mínimo de discernimento, apenas exerce a força atrativa a que se propõe toda propaganda, jamais tendo o condão de ludibriar o consumidor ou gerar vício no consentimento. Outrossim, o *dolus bonus*, evidentemente presente na hipótese, não vicia o negócio, sendo aceito socialmente. Trata-se de mecanismo muito utilizado como técnica de publicidade, inexistindo qualquer ilicitude no realce do produto, com finalidade de atrair os clientes. Improcedência do pedido mantida. Apelo desprovido" (TJRS – Apelação Cível 500846-04.2010.8.21.7000, Igrejinha – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi – j. 13.04.2011 – *DJERS* 20.04.2011).

Mais uma vez, verifica-se uma interessante interação entre as normas do Código de Defesa do Consumidor e os conceitos clássicos do Direito Civil, na linha filosófica *dialogal* seguida pela presente obra.

6.5.3. A vedação da publicidade abusiva (art. 37, § 2º, do CDC)

Diferentemente da publicidade enganosa, que induz o consumidor a erro, a publicidade abusiva é aquela ilícita por trazer como conteúdo o abuso de direito, tema que será aprofundado no próximo capítulo. Dispõe o art. 37, § 2º, da Lei 8.078/1990, em tom mais uma vez exemplificativo, que são abusivas, dentre outras, as seguintes práticas:

a) A publicidade discriminatória de qualquer natureza.
b) A publicidade que incita à violência.
c) A publicidade que explora o medo ou a superstição.
d) A publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança.
e) A publicidade que desrespeita valores ambientais.
f) A publicidade que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Como explica Fábio Ulhoa Coelho, a publicidade abusiva é aquela que *agride os valores sociais*, presente uma conduta socialmente reprovável de abuso. E ilustra: "O fabricante de armas não pode promover o seu produto reforçando a ideologia da violência como meio de solução dos conflitos, ainda que esta solução resultasse suficiente, em termos mercadológicos, junto a determinados segmentos da sociedade, inclusive os consumidores de armamentos. Também é abusiva a publicidade racista, sexista, discriminatória e lesiva ao meio ambiente".[29] Deve ficar claro que, para a caracterização da publicidade abusiva, leva-se em conta os valores da comunidade e o senso geral comum.

Diante do seu conteúdo, muitas vezes agressivo, a publicidade abusiva pode gerar a responsabilidade civil das pessoas envolvidas, nos moldes das premissas já expostas. Isso sem falar das penalidades administrativas, como a imposição de pesadas multas pelos órgãos legitimados ou a necessidade de a empresa fazer a *contrapublicidade*, tratada pela lei como *contrapropaganda*. Estipula o *caput* do art. 60 do CDC que a imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, sempre às expensas do infrator. Em complemento, prevê a mesma norma que a contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva (art. 60, § 1º).

A título de ilustração, cite-se julgado notório do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual considerou ser abusiva uma publicidade que incitava as crianças à destruição de tênis velhos, os quais deveriam ser substituídos por outros novos, situação tida como incentivadora da violência, abusando da inocência das crianças:

> "Ação civil pública. Publicidade abusiva. Propaganda de tênis veiculada pela TV. Utilização da empatia da apresentadora. Induzimento das crianças a adotarem o comportamento da apresentadora destruindo tênis usados para que seus pais comprassem novos, da marca sugerida. Ofensa ao art. 37, § 2º, do CDC. Sentença condenatória proibindo a veiculação e impondo encargo de contrapropaganda e multa pelo descumprimento da condenação. Contrapropaganda que se tornou inócua ante o tempo já decorrido desde a suspensão da mensagem. Recurso provido parcialmente" (TJSP – Apelação Cível 241.337-1, São Paulo – Terceira Câmara de Direito Público – Rel. Ribeiro Machado – j. 30.04.1996, v.u.).

Pela ementa transcrita, nota-se que houve um enquadramento da prática como sendo um *mau costume*, conceito que mantém relação íntima com o texto encontrado no art. 187 do CC/2002, que traz os elementos configuradores o abuso de direito. Como se percebe, como a publicidade envolve valores coletivos em sentido amplo, cabe o manejo das medidas de tutela pela ação civil pública, inclusive com a atribuição de indenização por danos morais coletivos ou difusos, categorias já abordadas nesta obra.

Deve ficar claro que, segundo o entendimento majoritário antes transcrito, ao qual o presente autor não se filia, entende-se que o veículo de comunicação não responde pela publicidade abusiva. Nesse sentido, vejamos recente decisão do STJ, a respeito de *publicidade estelionatária*:

> "Civil. Recurso especial. Ação de reparação por danos materiais. Publicação de anúncio em classificados de jornal. Ocorrência de crime de estelionato pelo anunciante. Incidência do CDC. Responsabilidade do jornal. 1. O recorrido ajuizou ação de reparação por danos materiais, em face da recorrente (empresa jornalística), pois foi vítima de crime de estelionato praticado por meio de anúncio em classificados de jornal. 2. Nos contratos de compra e venda firmados entre consumidores e anunciantes em jornal, as empresas jornalísticas não se enquadram no conceito de fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC. 3. A responsabilidade pelo dano decorrente do crime de estelionato não pode ser imputada à empresa jornalística, visto que essa não

participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do veículo. 4. O dano sofrido pelo consumidor deu-se em razão do pagamento por um veículo que não foi entregue pelo anunciante, e não pela compra de um exemplar do jornal. Ou seja: o produto oferecido no anúncio (veículo) não tem relação com o produto oferecido pela recorrente (publicação de anúncios). 5. Assim, a empresa jornalística não pode ser responsabilizada pelos produtos ou serviços oferecidos pelos seus anunciantes, sobretudo quando dos anúncios publicados não se infere qualquer ilicitude. 6. Destarte, inexiste nexo causal entre a conduta da empresa e o dano sofrido pela vítima do estelionato. 7. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 1046241/SC – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 12.08.2010 – *DJe* 19.08.2010).

Outro exemplo de abusividade envolve a publicidade discriminatória, prevista expressamente no texto consumerista, o que gera muitas vezes discussões administrativas. Entre as decisões do Conselho Nacional de Regulamentação Publicitária (CONAR), pode ser extraída ementa do ano de 2009, que tratou de preconceito contra os portugueses. Transcreve-se a decisão para as devidas reflexões:

"'Arno Laveo'. Representação n. 441/08. Autor: CONAR, a partir de queixa do consumidor. Anunciante: Arno. Relatora: Conselheira Cristina de Bonis. Segunda Câmara. Decisão: Arquivamento. Fundamento: art. 27, n. 1, letra *a* do Rice. Consumidora de Santo André, no ABC paulista, reclamou ao CONAR do comercial de TV veiculado pela Arno. De acordo com a queixa, no referido anúncio há menção desmerecedora e até mesmo discriminatória com relação a determinada etnia, pelo uso de música típica portuguesa associada à conduta pouco inteligente. Além disso, a publicidade, segundo a denúncia, apresenta falta de cuidado dos protagonistas, que acabam provocando a queda de objeto do alto do prédio. Para a consumidora, embora a situação tenha sido utilizada como recurso humorístico, pode constituir-se exemplo inadequado de comportamento perigoso. A defesa alega que o comercial, entendido em seu verdadeiro sentido, nada tem que possa ser considerado um desrespeito aos portugueses, até porque não existe nenhuma menção à origem dos personagens. Segundo o anunciante, trata-se de uma mensagem lúdica e bem-humorada, na qual aparece uma cena caricata, fantasiosa, de um casal que tenta lavar um ventilador com uma mangueira. O apelo, como argumenta a defesa, apenas ajuda a demonstrar os benefícios do produto, o ventilador Laveo, fácil de desmontar e lavar. O relator concordou com esta linha de argumentação, considerando, em seu parecer, que o comercial revela uma situação absurda e que não há como afirmar que se trata de uma melodia portuguesa, o que descaracteriza a tese da discriminação. Os membros do Conselho de Ética acolheram por unanimidade o voto pelo arquivamento da representação."

A decisão administrativa parte da premissa de que a mera intenção de brincar (*animus jocandi*), sem maiores consequências de lesão a valores coletivos, não configura a publicidade abusiva. Nessa mesma linha decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão resumido na seguinte ementa:

"Código de Defesa do Consumidor. Propaganda abusiva. Multa. Proporcionalidade. Autuação e imposição de multa em razão de propaganda considerada abusiva, que, nos termos do art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, é 'a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança'. Descaracterização. Peça publicitária que procurou explorar de forma jocosa determinada situação, não cabendo subsunção ao citado disposto legal. Recurso provido" (TJSP – Apelação com Revisão 558.085.5/0 – Acórdão 2518907, São Paulo – Sétima Câmara de Direito Público – Rel. Des. Nogueira Diefenthaler – j. 10.03.2008, *DJESP* 19.06.2008).

Igualmente, na linha de afastamento da publicidade abusiva, não há discriminação no caso de uma publicidade que limita a aquisição de um bem de consumo a um determinado número de exemplares compatível ao uso familiar. Concluindo desse modo, do Tribunal do Rio de Janeiro:

"Compra e venda de mercadoria. Propaganda comercial. Restrição ao direito. Direito do consumidor. Inocorrência. Apelação cível. Consumidor. Publicidade que veicula vantagens na aquisição de produto a determinados setores do comércio, reservando-os em estoque e limitando a compra a um aparelho por cliente. Alegação de infringência a direito do consumidor, por propaganda abusiva e discriminatória. Inocorrência. Critério de *discrimen* razoável e proporcional, considerando-se o ramo de atividade comercial escolhido. Publicidade lícita e regular nos moldes do CDC. Manutenção da sentença. Improvimento do recurso" (TJRJ

– Apelação Cível 16259/2004, Rio de Janeiro – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Gerson Arraes – j. 13.07.2004).

Como se pode notar pelas últimas decisões transcritas, a verdade é que a configuração da publicidade abusiva dificilmente ocorre na prática, pois houve um aumento de conscientização das empresas patrocinadoras, nos últimos tempos, em relação à sua vedação. De toda sorte, se presente o abuso de direito, devem ser impostas as amplas sanções estabelecidas pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

6.6. O ÔNUS DA PROVA DA VERACIDADE DA INFORMAÇÃO PUBLICITÁRIA

A encerrar o presente capítulo, cabe tecer algumas palavras sobre a inversão do ônus da prova em relação à veracidade da informação publicitária, o que constitui um dos princípios fundamentais da regulamentação publicitária, conforme exposto.

Nos termos do art. 38 da Lei 8.078/1990, o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina. Elucide-se que essa inversão do ônus da prova é automática, não dependendo de qualquer pedido do consumidor (inversão *ex lege* ou *ope legis*).[30] Tal entendimento é seguido pela melhor jurisprudência (ver: TJRS – Apelação Cível 70027908441, Bagé – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo – j. 29.01.2009 – *DOERS* 05.02.2009, p. 85; e TJSP – Apelação com Revisão 328.507.4/0 – Acórdão 4129796, Taubaté – Oitava Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Salles Rossi – j. 14.10.2009 – *DJESP* 28.10.2009).

Dessa forma, a categoria não se confunde com a inversão do ônus da prova tratada pelo art. 6º, inc. VIII, do CDC, que traz requisitos bem definidos para a sua concessão, quais sejam a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor no caso concreto. O tema é tratado no Capítulo 10 da presente obra.

Na linha do que foi exaustivamente exposto, tem-se entendido, de forma majoritária, que tal ônus não cabe ao veículo de comunicação ou à agência, mas apenas à empresa patrocinante da oferta. A confirmar a tese, a qual, repise-se, não se filia, do Tribunal do Rio de Janeiro: "Veiculação de propaganda enganosa pelo primeiro apelado. Responsabilidade do fornecedor anunciante pelos danos causados e não da empresa de comunicação. Inteligência do disposto nos arts. 3º e 38 do CDC. Instituição financeira que também não pode ser responsabilizada na hipótese vertente, por ser mera depositária da verba mantida na conta corrente de titularidade do primeiro réu. Desprovimento do recurso" (TJRJ – Apelação 2009.001.10250 – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Celso Peres – *DORJ* 15.06.2009, p. 167). Ou ainda: "Hipótese em que não cabe à emissora de televisão realizar encargo do Poder Público para verificação acerca de determinado remédio ter comprovação científica referente a efeitos terapêuticos. Aplicação do art. 38 da Lei 8.078/1990" (TJSP – Apelação com Revisão 532.933.4/7 – Acórdão 3634068, São Paulo – Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Encinas Manfré – j. 23.04.2009 – *DJESP* 01.07.2009).

Feitas tais elucidações, para ilustrar a aplicação concreta do art. 38 do CDC, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a veracidade da publicidade constante de tampinhas dos vasilhames do refrigerante cabe à empresa correspondente, sob as penas da lei (STJ – REsp 302.174/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 20.09.2001 – *DJU* 15.10.2001, p. 262).

1 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 932.

2 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 418-419.

3 BENJAMIN, Antonio Herman. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 229.

4 BENJAMIN, Antonio Herman. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 215.

5 Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3: Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. p. 54.

6 Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 54-55.

7 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 164.

8 BENJAMIN, Antonio Herman. V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 215.

9 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 389-390.

10 Conforme reconhece o próprio *autor* da norma: BENJAMIN, Antonio Herman. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 221.

11 MORAIS, Ezequiel. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 182.

12 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 219.

13 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 708; MORAIS, Ezequiel; CARAZAI, Marcos Marins; PODESTÁ, Fábio Henrique. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 185.

14 A título de exemplo, assim se posicionam: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7: Responsabilidade Civil, p. 519; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Renovar, 2006, p. 832; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 175; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 897; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 131.

15 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. Responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2004. p. 284.

16 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 167.

17 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 220.

18 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 436-437.

19 GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: RT, 2003; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 217; MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; e CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 187.

20 ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 2. ed. Roma: Laterza, 2002. p. 114.

21 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 214-215.

22 BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 234-236.

23 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 172-176.

24 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. Direito de Empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103.

25 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 453.

26 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 464.

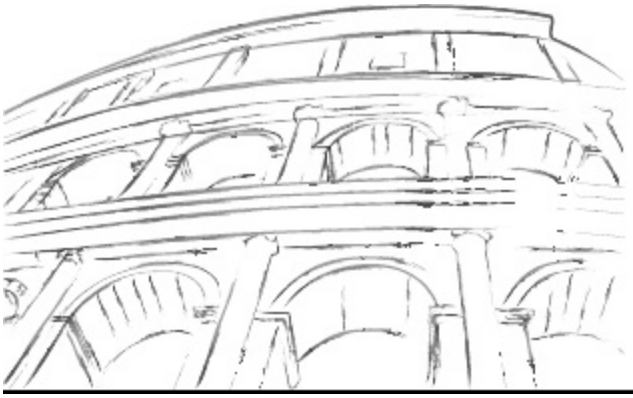
27 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. Direito de Empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104.

28 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 102.

29 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. Direito de Empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104.

30 Nesse sentido, por todos: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

p. 934; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 754.



7

O ABUSO DE DIREITO CONSUMERISTA. AS PRÁTICAS ABUSIVAS VEDADAS PELA LEI 8.078/1990 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Sumário: 7.1. Algumas palavras sobre o abuso de direito – 7.2. Estudo das práticas abusivas enumeradas pelo art. 39 do CDC: 7.2.1. Condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos (art. 39, inc. I, do CDC); 7.2.2. Recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes (art. 39, inc. II, do CDC); 7.2.3. Enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço (art. 39, inc. III, do CDC); 7.2.4. Prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde e condição social, para vender-lhe produto ou serviço (art. 39, inc. IV, do CDC); 7.2.5. Exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (art. 39, inc. V, do CDC); 7.2.6. Executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes (art. 39, inc. VI, do CDC); 7.2.7. Repassar informação depreciativa referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos (art. 39, inc. VII, do CDC); 7.2.8. Colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO (art. 39, inc. VIII, do CDC); 7.2.9. Recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais (art. 39, inc. IX, do CDC); 7.2.10. Elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços (art. 39, inc. X, do CDC); 7.2.11. Aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido (art. 39, inc. XIII, do CDC); 7.2.12. Deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério (art. 39, inc. XII, do CDC) – 7.3. A necessidade de respeito ao tabelamento oficial, sob pena de caracterização do abuso de direito (art. 41 do CDC) – 7.4. O abuso de direito na cobrança de dívidas (art. 42, *caput*, do CDC). O problema do corte de serviço essencial. A necessidade de prestação de informações na cobrança (art. 42-A do CDC) – 7.5. A repetição de indébito no caso de cobrança abusiva (art. 42, parágrafo único, do CDC).

7.1. ALGUMAS PALAVRAS SOBRE O ABUSO DE DIREITO

Uma das categorias mais importantes para o Direito Privado Contemporâneo é o abuso de direito, conceito que consta tanto do Código Civil de 2002 quanto do Código de Defesa do Consumidor, o que possibilita, mais uma vez, uma interessante interação entre as normas, em *diálogo*

das fontes. Como lei central do Direito Privado, o CC/2002 traz no seu art. 187 o conceito de abuso de direito, que serve perfeitamente para o Direito do Consumidor, *in verbis* e com destaque:

> "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Tal dispositivo já revolucionou a visualização da responsabilidade civil, trazendo nova modalidade de ilícito, também precursora do dever de indenizar. O abuso de direito é tratado pelo Código Civil de 2002 como um *ilícito equiparado*, pelo que consta do art. 927, *caput*, da mesma codificação. De acordo com o último comando, "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Como se percebe, a norma compara o abuso de direito ao ilícito puro, ao colocar o art. 187 ao lado do art. 186, dando tratamento equivalente a ambos para os fins de gerar o dever de reparar. Além da consequente imputação para a reparação dos prejuízos suportados, o abuso de direito tem o condão de acarretar a nulidade dos atos e negócios correspondentes. Esse, aliás, é o *espírito* do art. 51 do CDC, ao consagrar o rol de cláusulas nulas por abusividade. A propósito, lembre-se que, nos termos do art. 166, inc. II, do Código Civil, é nulo o negócio jurídico quando houver ilicitude do seu objeto.

A respeito das raízes históricas do conceito, sinaliza Renan Lotufo que o abuso de direito decorre da *aemulatio* do Direito Romano, ou seja, do "exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem", cuja aplicação ampliada atingiu as relações de vizinhança.[1] Na mesma linha, San Tiago Dantas demonstra que o abuso de direito encontra origens no Direito Romano, principalmente nos conceitos de *aequitas* e no *ius honorarium*. Porém, para o último jurista, é no Direito Medieval que o instituto encontra sua principal raiz, com o surgimento do problema do ato emulativo, decorrente dos inúmeros conflitos que marcaram aquele período da história. Suas palavras, utilizadas em outras de nossas obras, mais uma vez merecem destaque:

> "Já se sabe o que foi a vida medieval, o ambiente de emulação por excelência. A rixa, a briga, a altercação, é a substância da vida medieval. Brigas de vizinhos, brigas de barões, brigas de corporações, no seio das sociedades; brigas entre o poder temporal e o poder espiritual. Todas as formas de alterações a sociedade medieval conheceu, como não podia deixar de acontecer numa época de considerável atrofia do Estado. É aí que, pela primeira vez, os juristas têm conhecimento deste problema: o exercício de um direito com o fim de prejudicar a outrem. O direito como elemento de emulação. Entende-se, por emulação, o exercício de um direito com o fim de prejudicar outrem. Quer dizer que, em vez de ter o fim de tirar para si um benefício, o autor do ato tem em vista causar prejuízo a outrem".[2]

Sílvio Rodrigues também demonstra a origem romana do abuso de direito. Entretanto, denota que "a teoria do abuso de direito, na sua forma atual, é, como diz Josserand, de tessitura jurisprudencial e surgiu na França na segunda metade do Século XIX".[3] Do mesmo modo, investigando tal período, Caio Mário da Silva Pereira expõe que "os modernos, encontrando várias hipóteses em que se configura o desvirtuamento do conceito de justo, na atitude do indivíduo que leva a fruição do seu direito a um grã de causar malefício a outro indivíduo, criam a figura teórica do *abuso de direito*, que ora encontra fundamento na regra da *relatividade dos direitos*; ora assenta na dosagem do conteúdo do exercício, admitindo que se o titular exceda o limite do exercício regular de seu direito, age sem direito; ora baseia-se na configuração do *animus nocendi*, e estabelece que é de se reprimir o exercício do direito, quando se inspira na intenção de causar mal a outrem".[4]

O abuso de direito do Código Civil de 2002 segue um modelo aberto, pois relacionado a três

conceitos legais indeterminados, três cláusulas gerais que devem ser preenchidas pelo aplicador do direito caso a caso. Tais conceitos são a função social e econômica do instituto correspectivo, a boa-fé objetiva e os bons costumes. No tocante aos bons costumes, é interessante o teor do Enunciado 413, da *V Jornada de Direito Civil* do STJ, que propõe a sua análise de acordo com a realidade social, como não poderia ser diferente: "Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva". No mesmo evento, aprovou-se o Enunciado 414, que procura dar um fundamento constitucional ao abuso de direito, prescrevendo que "A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito".

Em havendo um exercício irregular do direito em desrespeito a tais parâmetros configura-se o abuso de direito ou *ato emulativo civil*. Nesse contexto, diante da existência de construções dinâmicas e valorativas, há uma relação direta entre o abuso de direito e o *princípio da socialidade*, adotado pela nova codificação. A responsabilidade civil sofre clara influência social, de acordo com o que está exposto no art. 5º da Lei de Introdução, segundo o qual, na aplicação da norma, deve o aplicador buscar os seus fins sociais e o bem comum. Existe também uma interação com o *princípio da eticidade*, uma vez que o Código Civil de 2002 estabelece o ilícito contra a pessoa que age em desrespeito à boa-fé objetiva, relacionada com a conduta leal e proba que se espera de todos os que vivem perante a coletividade, integradora, sobretudo, das relações negociais.

Relativamente ao conceito de abuso de direito, é precisa a definição de Rubens Limongi França, no sentido de que o abuso de direito constitui uma categoria de conteúdo próprio, entre o ato lícito e o ilícito, ou seja, *o abuso de direito é lícito pelo conteúdo e ilícito pelas consequências*. Vejamos as palavras do clássico jurista:

> "O ato ilícito (*Manual*, v. 1º, p. 211) é toda manifestação da vontade que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação de direito. O ato ilícito é uma ação ou omissão voluntária, ou que implique negligência ou imprudência, cujo resultado acarrete violação de direito ou que ocasione prejuízo a outrem. Finalmente, o abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito".[5]

Em suma, a ilicitude do ato, no abuso de direito, está na forma de sua execução, ou seja, na sua prática. Como consequência imediata, o abuso de direito gera a responsabilidade civil objetiva do abusador independente do elemento culpa. Nesse sentido, o Enunciado n. 37, aprovado *na I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal: "Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico". Consigne-se, a título de ilustração, que, pelo modelo objetivo do mesmo, se posicionam Fernando Noronha, Maria Helena Diniz, Nestor Duarte, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Silvio de Salvo Venosa, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Sérgio Cavalieri Filho, Daniel Boulos, Eduardo Jordão, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Heloísa Helena Barboza, Jones Figueirêdo Alves, Mário Luiz Delgado, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery.[6]

Tal conclusão não é diferente no âmbito consumerista, eis que o CDC adota um modelo aberto e objetivado. Como exemplo típico de *abuso de direito consumerista*, cite-se o tema da publicidade

abusiva, consagrado pelo art. 37, § 2º, da Lei 8.078/1990 e estudada no Capítulo 6 deste livro. Além dessa hipótese, o art. 39 do Código do Consumidor elenca situações típicas de abuso de direito, tratadas como práticas abusivas. Vejamos o estudo do último comando legal a partir do presente momento.

7.2. ESTUDO DAS PRÁTICAS ABUSIVAS ENUMERADAS PELO ART. 39 DO CDC

O art. 39 da Lei 8.078/1990 tipifica, mais uma vez em rol exemplificativo ou *numerus apertus*, uma série de situações tidas como ensejadoras do *abuso de direito consumerista*. Muitas das hipóteses ali descritas são bem comuns na contemporaneidade, sem excluir outras que surgirem pela evolução das relações negociais. Deve-se entender que constitui prática abusiva qualquer conduta ou ato em contradição com o próprio *espírito* da lei consumerista. Como bem leciona Ezequiel Morais, "prática abusiva, em termos gerais, é aquela que destoa dos padrões mercadológicos, dos usos e costumes (incs. II e IV, segunda parte, do art. 39 e art. 113 do CC/2002) e da razoável e boa conduta perante o consumidor".[7]

Lembre-se de que, para a esfera consumerista, servem como parâmetros os conceitos que constam do art. 187 do CC/2002: o fim social e econômico, a boa-fé objetiva e os bons costumes, em *diálogo das fontes*. Há claro intuito de proibição, pelo que enuncia o *caput* do preceito do CDC, a saber: "É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas". Na esteira do tópico anterior, a primeira consequência a ser retirada da vedação é a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou prestador de serviços.

Além disso, deve-se compreender o art. 39 do CDC como em um *diálogo de complementaridade* em relação ao art. 51 da mesma norma. Deve haver, assim, um diálogo das fontes entre as normas da própria Lei Consumerista. Nesse contexto de conclusão, se uma das situações descritas pelo art. 51 como cláusulas abusivas ocorrer fora do âmbito contratual, presente estará uma prática abusiva. Por outra via, se uma das hipóteses descritas pelo art. 39 do CDC constituir o conteúdo de um contrato, presente uma cláusula abusiva. Em suma, as práticas abusivas também podem gerar a nulidade absoluta do ato correspondente.[8]

Parte-se à abordagem do comando, inciso por inciso, com as cabíveis ilustrações práticas.

7.2.1. Condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos (art. 39, inc. I, do CDC)

Esse primeiro inciso do art. 39 proíbe a *venda casada*, descrita e especificada pela norma. De início, veda-se que o fornecedor ou prestador submeta um produto ou serviço a outro produto ou serviço, visando um *efeito caroneiro ou oportunista* para venda de novos bens. Ato contínuo, afasta-se a limitação de fornecimento sem que haja *justa causa* para tanto, o que deve ser preenchido caso a caso. Ampliando-se o sentido da vedação, conclui-se que é venda casada a hipótese em que o fornecedor somente resolve um problema quanto a um produto ou serviço se um outro produto ou serviço for adquirido.

A respeito da *limitação mínima de produtos*, tema que tem relação com a venda casada, leciona Luiz Antonio Rizzatto Nunes que "há que se considerar os produtos industrializados que acompanham

o padrão tradicional do mercado e que são aceitos como válidos. Por exemplo, o sal vendido em pacotes de 500g, e da mesma forma a farinha, os cereais etc. (a venda a granel é cada vez mais exceção). Mas na quantidade haverá situações mais delicadas, que exigem atenta e acurada interpretação do sentido de justa causa. Por exemplo: o lojista faz promoções do tipo 'compre 3, pague 2'. São válidas desde que o consumidor possa também adquirir uma peça apenas, mesmo que tenha que pagar mais caro pelo produto único no cálculo da oferta composta (o que é natural, já que a promoção barateia o preço individual)".[9]

Pois bem, partindo-se para os casos concretos, a jurisprudência superior conclui ser venda casada a imposição de seguro habitacional pelo agente financeiro na aquisição da casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação. Vejamos uma dessas ementas:

> "Recurso especial repetitivo. Sistema Financeiro da Habitação. Taxa referencial (TR). Legalidade. Seguro habitacional. Contratação obrigatória com o agente financeiro ou por seguradora por ele indicada. Venda casada configurada. 1. Para os efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da Lei 8.177/1991, é permitida a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária do saldo devedor. Ainda que o contrato tenha sido firmado antes da Lei 8.177/1991, também é cabível a aplicação da TR, desde que haja previsão contratual de correção monetária pela taxa básica de remuneração dos depósitos em poupança, sem nenhum outro índice específico. 1.2. É necessária a contratação do seguro habitacional, no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro, ou por seguradora indicada por este, exigência esta que configura 'venda casada', vedada pelo art. 39, inciso I, do CDC. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido" (STJ – REsp 969129/MG – Segunda Seção – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 09.12.2009 – *DJe* 15.12.2009).

A questão concretizou-se de tal forma que no ano de 2012 foi editada a Súmula 473 do STJ, com o seguinte teor: "o mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada".

Em sentido próximo, a jurisprudência entende haver venda casada no caso de cobrança de seguro automático e compulsório em contrato de cartão de crédito (TJRS – Recurso 42750-75.2010.8.21.9000, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Eugênio Facchini Neto – j. 14.04.2011 – *DJERS* 25.04.2011; TJSP – Apelação 0005144-26.2009.8.26.0038 – Acórdão 4998802, Araras – Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Eros Piceli – j. 14.03.2011 – *DJESP* 24.03.2011; e TJMG – Apelação 4279362-51.2004.8.13.0024, Belo Horizonte – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Pereira da Silva – j. 13.07.2010 – *DJEMG* 23.07.2010).

Ainda a título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que constitui venda casada o fato de um comerciante condicionar a concessão de um benefício para a aquisição de combustível à aquisição de um refrigerante no posto revendedor, localizado no mesmo ambiente:

> "Consumidor. Pagamento a prazo vinculado à aquisição de outro produto. 'Venda casada'. Prática abusiva configurada. 1. O Tribunal *a quo* manteve a concessão de segurança para anular auto de infração consubstanciado no art. 39, I, do CDC, ao fundamento de que a impetrante apenas vinculou o pagamento a prazo da gasolina por ela comercializada à aquisição de refrigerantes, o que não ocorreria se tivesse sido paga à vista. 2. O art. 39, I, do CDC, inclui no rol das práticas abusivas a popularmente denominada 'venda casada', ao estabelecer que é vedado ao fornecedor 'condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos'. 3. Na primeira situação descrita nesse dispositivo, a ilegalidade se configura pela vinculação de produtos e serviços de natureza distinta e usualmente comercializados em separado, tal como ocorrido na hipótese dos autos. 4. A dilação de prazo para pagamento, embora seja uma liberalidade do fornecedor – assim como o é a própria colocação no comércio de determinado produto ou serviço –, não o exime de observar normas legais que visam a coibir abusos que vieram a reboque da massificação dos contratos

na sociedade de consumo e da vulnerabilidade do consumidor. 5. Tais normas de controle e saneamento do mercado, ao contrário de restringirem o princípio da liberdade contratual, o aperfeiçoam, tendo em vista que buscam assegurar a vontade real daquele que é estimulado a contratar. 6. Apenas na segunda hipótese do art. 39, I, do CDC, referente aos limites quantitativos, está ressalvada a possibilidade de exclusão da prática abusiva por justa causa, não se admitindo justificativa, portanto, para a imposição de produtos ou serviços que não os precisamente almejados pelo consumidor. 7. Recurso especial provido" (STJ – REsp 384284/RS – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 20.08.2009 – *DJe* 15.12.2009).

Na mesma linha, deduziu a Corte Superior que os cinemas não podem impedir a entrada de clientes em suas dependências portando alimentos e bebidas de outros fornecedores, obrigando os consumidores a adquirirem suas pipocas e refrigerantes. Conforme consta da ementa do acórdão, "ao fornecedor de produtos ou serviços, consectariamente, não é lícito, dentre outras práticas abusivas, condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (art. 39, I, do CDC). A prática abusiva revela-se patente se a empresa cinematográfica permite a entrada de produtos adquiridos nas suas dependências e interdita o adquirido alhures, engendrando por via oblíqua a cognominada 'venda casada', interdição inextensível ao estabelecimento cuja venda de produtos alimentícios constituiu a essência da sua atividade comercial como, *verbi gratia*, os bares e restaurantes. O juiz, na aplicação da lei, deve aferir as finalidades da norma, por isso que, *in casu*, revela-se manifesta a prática abusiva" (STJ – REsp 744.602/RJ – Rel. Min. Luiz Fux – Primeira Turma – j. 01.03.2007 – *DJ* 15.03.2007, p. 264 – *REPDJ* 22.03.2007, p. 286).

Da jurisprudência do Tribunal Gaúcho, com grande aplicação prática, existe julgado que conclui pela existência de venda casada no caso da empresa que presta serviços de *TV por assinatura* e exige a utilização de tecnologia somente por ela oferecida, sem qualquer outra possibilidade:

"Reparação de danos. NET. Serviço de telefone e televisão por assinatura. Defeito na prestação de serviço. Troca de roteador. Falta de adequada informação sobre o aparelho a ser usado pela consumidora. Indução em erro. Ressarcimento pela despesa na aquisição de aparelho exigido pela ré, sob pena de caracterizar venda casada. Desnecessidade de manter a tecnologia não homologada pela empresa. Solução de equidade. Indenização pelo tempo em que o sinal denotava má qualidade. Arbitramento. *Quantum* mantido, por falta de recurso da postulante. Cancelamento de serviço adicional (assistência de rede), como de entrega de revista, com restituição de valores, observado o art. 290 do CPC. Efetividade da decisão. Transtorno vivido pela autora. Dissabor que poderia ter sido evitado pela ré, se tratasse o caso com a devida atenção. Contribuição da autora, que poderia ter buscado, antes, a proteção judicial. Dano moral mitigado. Valor reduzido. Recurso parcialmente provido" (TJRS – Recurso 46934-74.2010.8.21.9000, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Jerson Moacir Gubert – j. 27.01.2011 – *DJERS* 08.02.2011).

Do Tribunal de São Paulo, são pertinentes as ementas que concluem pela presença de venda casada quando um curso condiciona a prestação de serviços à aquisição de apostilas com valores superfaturados, presente ainda a lesão objetiva em casos tais:

"Prestação de serviços educacionais. Curso de informática. Ação de rescisão de contrato cumulada com anulação de débito e indenização. Reconvenção com pleito de recebimento de multa contratual. Parcial procedência da ação e improcedência da reconvenção na origem. Apelação da ré reconvinte e recurso adesivo da autora. Caracterização de venda casada do curso com livros superfaturados. Prática abusiva. Inteligência do art. 39, I, do CDC. Multa contratual afastada. Reconvenção improcedente. Dano moral não caracterizado. Apelo da ré improvido. Recurso adesivo da autora parcialmente provido" (TJSP – Apelação 990.10.498356-8 – Acórdão 4847703, Araraquara – Trigésima Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Dyrceu Cintra – j. 02.12.2010 – *DJESP* 17.12.2010).

"Em face da prática abusiva, a venda casada de livros a custo despropositado e curso de inglês, que engana o consumidor, enganado antes na promessa de desconto que não houve, decreta-se a rescisão do contrato, sem se cogitar de multa. A ação fica julgada procedente e a reconvenção, improcedente" (TJSP – Apelação Cível 990.10.035677-1 – Acórdão 4613637, Araraquara

– Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Celso Pimentel – j. 27.07.2010 – *DJESP* 20.08.2010).

Por fim, insta trazer a conclusão do Superior Tribunal de Justiça a respeito da cobrança de assinatura mínima nos serviços de telefonia, tema que gerou uma quantidade enorme de demandas judiciais, que alegavam a caracterização da venda casada. Em 2008, foi editada a Súmula 356 por aquele Tribunal, preconizando que "É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa". Cabe transcrever um dos precedentes que gerou a ementa, para os devidos esclarecimentos a respeito do seu conteúdo:

> "Repetição de indébito. Assinatura básica de telefonia fixa. Lei 9.472/1997. Resolução 85/1998 da ANATEL. Contrato de concessão. Previsão. Violação ao CDC. Inexistência. Legalidade da tarifa. Devolução em dobro do *quantum*. Prejudicialidade do recurso da consumidora. I. A cobrança da tarifa básica de assinatura mensal, constante de contrato de concessão pública, constitui-se em contraprestação pela disponibilização do serviço de forma contínua e ininterrupta ao usuário, sendo amparada pela Lei 9.472, de 16.07.1997, bem como por Resolução da ANATEL, entidade responsável pela regulação, inspeção e fiscalização do setor de telecomunicações no País. II. Em recente pronunciamento, a Colenda Primeira Seção, ao julgar o REsp 911.802/RS, Rel. Min. José Delgado, em 24.10.2007, entendeu que a referida cobrança não vulnera o Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a existência de previsão legal, além do que, por se tratar de serviço que é disponibilizado de modo contínuo e ininterrupto, acarretando dispêndios financeiros para a concessionária, deve ser afastada qualquer alegação de abusividade ou vantagem desproporcional. III. Prejudicado o recurso da consumidora, eis que, ao se entender pela legalidade da cobrança da assinatura básica de telefonia, não há de se falar em discussão acerca do direito à devolução do valor pago indevidamente. IV. Recurso especial da concessionária provido e apelo nobre da consumidora prejudicado" (STJ – REsp 870.600/PB – Primeira Turma – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 04.12.2007 – *DJe* 27.03.2008).

Deve ficar claro que o presente autor não concorda com tal entendimento, por pensar que existe sim, venda casada, no caso da cobrança de assinatura básica, uma vez que o serviço de telefonia somente é prestado mediante o pagamento de tal valor. A realidade da telefonia celular pré-paga demonstra que é perfeitamente possível fazer o mesmo com a telefonia fixa, sem que isso torne o serviço inviável para as operadoras.

7.2.2. Recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes (art. 39, inc. II, do CDC)

A previsão engloba a negação de venda por parte dos fornecedores ou prestadores, levando-se em conta as suas disponibilidades e os costumes gerais. A menção aos *costumes* está de acordo com o atual sistema geral civil, demonstrando a notória aproximação entre os diplomas, pois, entre outros, há menção aos mesmos no art. 113 do CC/2002.[10]

Os parâmetros descritos na norma são levados em conta no problema relativo à limitação para aquisição de produtos, especialmente em supermercados em dias de promoção. Na opinião do presente autor, a restrição para a aquisição é possível desde que haja comunicação prévia dos estoques, dentro de um limite razoável, o que atende ao dever de informar decorrente da boa-fé objetiva. Porém, mesmo não havendo tal comunicação, a jurisprudência superior posiciona-se no sentido de que o consumidor não tem o direito de exigir o produto que está em promoção em quantidade incompatível com o consumo pessoal ou familiar. Nesse sentido, colaciona-se notória ementa do Superior Tribunal de Justiça:

> "Recurso especial. Código de Defesa do Consumidor. Dano moral. Venda de produto a varejo. Restrição quantitativa. Falta

de indicação na oferta. Dano moral. Inocorrência. Quantidade exigida incompatível com o consumo pessoal e familiar. Aborrecimentos que não configuram ofensa à dignidade ou ao foro íntimo do consumidor. 1. A falta de indicação de restrição quantitativa relativa à oferta de determinado produto, pelo fornecedor, não autoriza o consumidor a exigir quantidade incompatível com o consumo individual ou familiar, nem, tampouco, configura dano ao seu patrimônio extramaterial. 2. Os aborrecimentos vivenciados pelo consumidor, na hipótese, devem ser interpretados como 'fatos do cotidiano', que não extrapolam as raias das relações comerciais, e, portanto, não podem ser entendidos como ofensivos ao foro íntimo ou à dignidade do cidadão. Recurso especial, ressalvada a terminologia, não conhecido" (STJ – REsp 595.734/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – Rel. p/Acórdão Min. Castro Filho – j. 02.08.2005 – *DJ* 28.11.2005, p. 275).

Outra questão de debate refere-se à viabilidade jurídica de os fornecedores e prestadores deixarem de atender às demandas dos consumidores, por não aceitarem determinada forma de pagamento, caso do cheque. Em uma grande rede de lanchonetes *fast food* é bem conhecida a placa com os dizeres: "Não aceitamos cheques. Art. 5º, inc. II, da CF/1988". Como se nota, a informação menciona o *princípio constitucional da legalidade*, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A respeito da questão, o PROCON-SP tem orientação no sentido de que a aceitação de cheque é opcional por parte do estabelecimento, conforme se observa da seguinte resposta, retirada do *site* da instituição:

"O fornecedor é obrigado a aceitar cheque como forma de pagamento? Não. A aceitação de cheque é opcional. O meio de pagamento obrigatório é a moeda corrente nacional (art. 315 do Código Civil). Se o fornecedor não quiser aceitar cheque como forma de pagamento deverá informar de maneira clara, precisa e principalmente ostensiva, com cartazes em local de fácil visualização, sobre a restrição (art. 6º, inc. III, e art. 31, ambos do Código de Defesa do Consumidor)".[11]

A orientação parece correta, estando dentro do bom-senso e de acordo com a principiologia do Código de Defesa do Consumidor. O que parece estar equivocado é a citação constante daquela famosa placa que, em vez de mencionar a *legalidade pura*, poderia fazer uso de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

7.2.3. Enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço (art. 39, inc. III, do CDC)

O envio de produto sem solicitação é prática abusiva bem comum no mercado de consumo. Em complemento à proibição, estabelece o parágrafo único do art. 39 do CDC que os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor sem a devida solicitação equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

A hipótese legal aqui abordada se faz presente em especial no envio de cartão de crédito sem que haja qualquer pedido por parte do consumidor. Presentes danos advindos dessa conduta ilícita, surge o dever de reparar por parte da empresa emitente. Nessa linha de conclusão, por todos:

"Recurso especial. Consumidor. Ação civil pública. Envio de cartão de crédito não solicitado. Prática comercial abusiva. Abuso de direito configurado. 1. O envio do cartão de crédito, ainda que bloqueado, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, caracteriza prática comercial abusiva, violando frontalmente o disposto no artigo 39, III, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 3. Recurso especial provido" (STJ – REsp 1.199.117/SP – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – Terceira Turma – j. 18.12.2012 – *DJe* 04.03.2013).

"Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Envio de cartão de crédito não solicitado e de faturas cobrando anuidade. Dano moral configurado. I. Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente

protegidos. II. O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão, causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 1061500/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 04.11.2008 – *DJe* 20.11.2008).

"Indenização. Danos morais. Cartão de crédito emitido sem solicitação do cliente. Inscrição na SERASA. *Quantum* indenizatório reputado excessivo. 'O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, quando a quantia arbitrada se mostra ínfima, de um lado, ou visivelmente exagerada, de outro. Hipótese de fixação excessiva, a gerar enriquecimento indevido do ofendido' (REsp 439.956-TO, por mim relatado). Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa parte, provido" (STJ – REsp 596.438/AM – Quarta Turma – Rel. Min. Barros Monteiro – j. 04.05.2004 – *DJ* 24.05.2004, p. 283).

Aliás, em complemento, deve-se entender que, no caso de envio de cartão de crédito sem solicitação, caso o consumidor queira com ele permanecer, não se pode cobrar pela anuidade, pela presença da citada amostra grátis (art. 39, parágrafo único).

Seguindo na análise de concretizações da norma, o Superior Tribunal de Justiça deduziu que a assinatura de revistas efetuada automaticamente pela empresa editorial representa afronta ao dispositivo ora estudado, ensejando a consequente responsabilização civil do fornecedor em caso envolvendo idoso (hipervulnerável):

"Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos materiais e morais. Assinaturas de revistas não solicitadas. Reiteração. Débito lançado indevidamente no cartão de crédito. Dano moral configurado. Arts. 3º e 267, VI, do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmulas STF/282 e 356. *Quantum* indenizatório – Revisão obstada em face da proporcionalidade e razoabilidade. I. Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos. II. A reiteração de assinaturas de revistas não solicitadas é conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III). Esse fato e os incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento significam sofrimento moral de monta, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos 85 anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral. III. O conteúdo normativo dos arts. 3º e 267, VI, do CPC, não foi objeto de debate no v. Acórdão recorrido, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial. Incidem, na espécie, as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. IV. Só é possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral nos casos em que o *quantum* arbitrado pelo Acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso em tela. Recurso especial improvido" (STJ – REsp 1102787/PR – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 16.03.2010 – *DJe* 29.03.2010).

Outro exemplo envolvendo o art. 39, inc. III, do CDC é relativo a serviços de telefonia oferecidos sem solicitação. Entre tantos julgados, cite-se o conhecido caso do *tele-sexo*, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça na década passada. Concluiu-se, com precisão, que tal serviço somente poderia ser fornecido mediante prévia solicitação, não sendo o caso de cobrança se enviado diretamente ao consumidor. Como se nota da primeira ementa transcrita, cabe reparação de danos se prejuízos estiverem presentes ao consumidor:

"Civil e processual. Cobrança de ligações para 'telessexo'. Oferecimento de serviço ou produto estranho ao contrato de telefonia sem anuência do usuário. Invalidade. Ônus da prova positiva do fato atribuível à empresa concessionária. Inscrição da titular da linha telefônica no CADIN. Danos morais. Código de Defesa do Consumidor, arts. 6º, VIII e 31, III. I. O 'produto' ou 'serviço' não inerente ao contrato de prestação de telefonia ou que não seja de utilidade pública, quando posto à disposição do usuário pela concessionária – caso do 'telessexo' – carece de prévia autorização, inscrição ou credenciamento do titular da linha, em respeito à restrição prevista no art. 39, III, do CDC. II. Sustentado pela autora não ter dado a aludida anuência, cabe à companhia telefônica o ônus de provar o fato positivo em contrário, nos termos do art. 6º, VIII, da mesma Lei 8.078/1990, o que inocorreu. III. Destarte, se afigura indevida a cobrança de ligações nacionais ou internacionais a tal título, e, de igual modo, ilícita

a inscrição da titular da linha como devedora em cadastro negativo de crédito, gerando, em contrapartida, o dever de indenizá-la pelos danos morais causados, que hão de ser fixados com moderação, sob pena de causar enriquecimento sem causa. IV. Recurso especial conhecido e provido em parte" (STJ – REsp 265.121/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 04.04.2002 – *DJ* 17.06.2002, p. 267).

"Telefone. Serviço '900'. 'Disque prazer'. Código de Defesa do Consumidor. O serviço '900' é oneroso e somente pode ser fornecido mediante prévia solicitação do titular da linha telefônica. Recurso conhecido e provido" (STJ – REsp 258156/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 21.09.2000 – *DJ* 11.12.2000, p. 210).

Pode-se traçar um paralelo entre a última hipótese e o SPAM, que constitui o envio de *email* sem solicitação pelo usuário da internet. O termo SPAM tem origem no famoso enlatado de presunto comercializado nos Estados Unidos, causador de notória indigestão. O envio de SPAM representa clara quebra de boa-fé, exemplo típico de abuso de direito a enquadrar-se perfeitamente no art. 187 do CC/2002. Presentes os danos decorrentes do envio do *e-mail*, caberá a correspondente ação de responsabilidade civil. Cite-se a hipótese em que um consumidor recebe um SPAM de uma conhecida rede de lojas que trava o seu computador, fazendo com que perca um trabalho intelectual. Ou, ainda, a situação em que o envio do SPAM causa danos materiais a uma pessoa jurídica (TJRO – Apelação Cível 100.007.2001.004353-1 – Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia – j. 29.03.2006). Ora, não há dúvidas de que, em casos tais, haverá dever de indenizar os prejuízos materiais e morais sofridos.

De toda sorte, esclareça-se que o mero envio do SPAM, por si só, não gera dano moral, conforme reconheceu o Superior Tribunal de Justiça recentemente: "Internet. Envio de mensagens eletrônicas. SPAM. Possibilidade de recusa por simples deletação. Dano moral não configurado. Recurso especial não conhecido. 1. Segundo a doutrina pátria, 'só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo'. 2. Não obstante o inegável incômodo, o envio de mensagens eletrônicas em massa – SPAM – por si só não consubstancia fundamento para justificar a ação de dano moral, notadamente em face da evolução tecnológica que permite o bloqueio, a deletação ou simplesmente a recusa de tais mensagens. 3. Inexistindo ataques à honra ou à dignidade de quem recebe as mensagens eletrônicas, não há que se falar em nexo de causalidade a justificar uma condenação por danos morais. 4. Recurso especial não conhecido" (STJ – REsp 844.736/DF – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Rel. p/Acórdão Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJAP) – j. 27.10.2009 – *DJe* 02.09.2010). De fato, constata-se que também no abuso de direito o dano deve estar presente, para que surja o dever de indenizar do abusador, nos termos do que consta expressamente do art. 927, *caput*, do CC/2002.

Finalmente, cabe ressaltar que o Projeto de Lei 281/2012 – uma das projeções que visa à Reforma do CDC – pretende incluir vedação expressa ao SPAM, no sentido de que "é vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: I – não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio e expresso em recebê-la; II – esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; ou III – tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la" (atual art. 44-E da proposta).

Espera-se a aprovação do citado projeto legislativo, para que não pairem mais dúvidas a respeito da presença desse abuso de direito.

7.2.4. Prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde e condição social, para vender-lhe produto ou serviço (art. 39, inc. IV, do CDC)

O comando visa a afastar o aproveitamento da condição de *hipervulneráveis* de determinados consumidores, caso dos idosos (maiores de sessenta anos) e de pessoas com deficiências intelectuais ou culturais.

Como expõe a melhor doutrina, a norma coíbe a chamada *venda por impulso* ou *venda automática*, em relação a pessoas que podem não ter total discernimento para compreensão do teor das informações que lhe são prestadas.[12] Nesse contexto, "Efetivamente, e por diversas razões, há que se aceitar que o grupo dos idosos possui uma vulnerabilidade especial, seja pela sua vulnerabilidade técnica exagerada em relação a novas tecnologias (*home-banking*, relações com máquina, uso necessário da internet etc.); sua vulnerabilidade fática quanto à rapidez das contratações; sua saúde debilitada; a solidão do seu dia a dia, que transforma um vendedor de porta em porta, um operador de *telemarketing*, talvez na única pessoa com a qual tenham contato e empatia naquele dia; sem falar em sua vulnerabilidade econômica e jurídica, hoje, quando se pensa em um teto de aposentadoria único no Brasil de míseros 400 dólares para o resto da vida".[13] A título de exemplo dessas dificuldades, é comum a venda para idosos de planos de previdência privada que nunca poderão ser usufruídos, por razões óbvias. Muitos dos idosos que celebram contratos como esses mal sabem o teor dos instrumentos que estão assinando.

Partindo para a análise de julgados, recente decisão do Tribunal Catarinense concluiu que "Faz *jus* à indenização por danos materiais e morais consumidor idoso com 81 anos que, sob promessa de dispensa de medicamentos, ludibriado, adquire almofada térmica vibratória. Em que pese a relatividade do efeito da revelia, tal só pode ser ilidido por fortes elementos de convicção em sentido contrário do constante dos autos" (TJSC – Apelação Cível 2010.041310-5, São Miguel do Oeste – Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira – j. 25.11.2010 – *DJSC* 09.03.2011, p. 287). No mesmo sentido, vejamos decisão do Tribunal Gaúcho em caso similar envolvendo pessoa de idade avançada:

> "Anulação de contrato, por erro essencial. Aquisição de produto fisioterápico. Colchão magnetizado. Venda efetivada fora do estabelecimento – a domicílio. Preço incompatível com um produto similar comum. Valor das prestações descontado diretamente do benefício previdenciário do contratante. Prática comercial abusiva. Indução do consumidor em erro. Direito ao desfazimento do contrato. Danos morais aplicados com caráter dissuassório. Verossimilhança da alegação de promessa de substanciais vantagens para a saúde dos adquirentes. Vantagens inocorrentes. Prática comercial abusiva. Fornecedora que se prevalece da fraqueza do consumidor, em virtude de sua idade e condição social, para impingir-lhe produto. Art. 39, IV, do CDC. Direito ao desfazimento do contrato. Danos morais aplicados com função punitiva. Para casos como o presente, a responsabilidade civil pode assumir um caráter dissuasório. Recurso da ré desprovido. Recurso do autor a que se dá provimento" (TJRS – Recurso 43963-19.2010.8.21.9000, Igrejinha – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Eugênio Facchini Neto – j. 14.04.2011 – *DJERS* 25.04.2011).

Ato contínuo, várias ementas julgam consistir prática comercial desleal e abusiva a imposição de condições de renovação contratual que oneram excessivamente o consumidor idoso, geralmente pela adoção de critérios por faixa etária (a ilustrar: TJMG – Apelação Cível 4644882-

65.2008.8.13.0145, Juiz de Fora – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade – j. 25.05.2010 – *DJEMG* 15.06.2010; TJRS – Apelação Cível 70031897762, Tapejara – Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho – j. 18.08.2010 – *DJERS* 26.08.2010; TJPR – Apelação Cível 0594106-0, Londrina – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin – *DJPR* 04.12.2009, p. 369; TJRS – Apelação Cível 70025160672, Porto Alegre – Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho – j. 06.08.2008 – *DOERS* 13.08.2008, p. 30; e TJRJ – Apelação Cível 2005.001.32472 – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva – j. 14.02.2006).

Do Tribunal Paulista, vejamos a hipótese fática referente a um serviço de conserto de caminhão que foi prestado desnecessariamente, com claro intuito de prejudicar consumidor, que não tinha conhecimento a respeito de sua extensão:

> "Indenização. Danos materiais. Restituição da quantia paga por um serviço inadequado. Caminhão expelindo excesso de 'fumaça preta', motivando o autor a procurar os serviços mecânicos da ré para o conserto do defeito. Reparo efetuado pela ré, que não alcançou o objetivo esperado. Ausência de comprovação da necessidade do serviço prestado pela ré, que deve ser reputado desnecessário. Cabimento da restituição da quantia paga pela prestação de um serviço inútil. Se a ré reconhece que o serviço por ela prestado não solucionou o defeito no caminhão do autor, e nem comprovou que os reparos efetuados eram realmente necessários, impõe-se a devolução do que este pagou àquela por um serviço inútil, uma vez que é vedado ao fornecedor de serviços impingir serviços ao consumidor, prevalecendo da ignorância deste, nos termos do art. 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido, nessa parte. (...)" (TJSP – Apelação 0020763-87.2008.8.26.0019 – Acórdão 5041276, Americana – Décima Sétima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Luiz Sabbatto – j. 02.03.2011 – *DJESP* 03.05.2011).

Por fim, a respeito da incidência do art. 39, IV, do CDC, o Superior Tribunal de Justiça já julgou que "O repasse indevido do PIS e da COFINS na fatura telefônica configura 'prática abusiva' das concessionárias, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, pois viola os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, valendo-se da 'fraqueza ou ignorância do consumidor' (art. 39, IV, do CDC)" (STJ – REsp 1.053.778/RS – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 09.09.2008 – *DJE* 30.09.2008).

7.2.5. Exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (art. 39, inc. V, do CDC)

A exemplo da previsão do art. 51, inc. IV, do CDC, o presente dispositivo veda a *lesão objetiva* e a onerosidade excessiva, tidas como geradoras de práticas comerciais abusivas. Como razão importante do preceito, cite-se a clássica vedação do enriquecimento sem causa, constante dos arts. 884 a 886 do CC/2002. Dessa forma, todos os exemplos expostos no Capítulo 5 desta obra envolvendo aquela norma servem para a configuração da prática abusiva fora do plano do contratual.

Interessante trazer à tona a comum prática do cheque-caução, exigido muitas vezes quando da internação de consumidores em hospitais. Há quem entenda tratar-se de hipótese típica de estado de perigo, tratada pelo art. 156 do Código Civil, mormente quando o paciente médico já tem plano de saúde. Enuncia tal comando civil que "Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias".

Nesse sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves que "Merece ser também citado o exemplo de

inegável atualidade e característico de estado de perigo, que é o da pessoa que se vê compelida a efetuar depósito ou a prestar garantia sob a forma de emissão de cambial ou de prestação de fiança, exigidos por hospital para conseguir a internação ou atendimento de urgência de cônjuge ou de parente em perigo de vida".[14] Não tem sido diferente a conclusão da jurisprudência (TJSP – Apelação 0109749-68.2008.8.26.0002 – Acórdão 4885202, São Paulo – Décima Oitava Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Rubens Cury – j. 07.12.2010 – *DJESP* 24.01.2011; TJSC – Apelação Cível 2009.043712-5, Brusque – Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben – j. 29.06.2010 – *DJSC* 08.07.2010, p. 181; TJPR – Apelação Cível 0485768-9, Curitiba – Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Prestes Mattar – *DJPR* 17.10.2008, p. 59; e TJRJ – Apelação Cível 2006.001.49905 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos – j. 10.01.2007).

Com o devido respeito, esse não parece ser o melhor enquadramento, uma vez que o estado de perigo gera a anulação do ato correspondente, sujeita a prazo decadencial (arts. 171 e 178 do CC/2002). Desse modo, o ato pode ser convalidado pela *cura pelo tempo* ou convalescimento temporal. Na verdade, é melhor concluir que a exigência de cheque-caução, mormente quando o consumidor já tem plano de saúde ou quando ausente justo motivo para a negativa de cobertura, configura uma prática ou cláusula abusiva que, por envolver matéria de ordem pública, ocasiona a nulidade do ato correspondente, sem prejuízo de outras sanções caso da imputação civil dos danos suportados. Utiliza-se a teoria do *diálogo das fontes*, com solução mais satisfatória aos consumidores. Concluindo corretamente dessa maneira, colaciona-se, a título de exemplo:

> "Plano de saúde corréu que se recusou a cobrir as despesas de internação do autor, sob o fundamento de descredenciamento do plano. Falta de comunicação do associado quanto ao descredenciamento. Recusa que causou danos morais ao autor, que era idoso e estava com a saúde debilitada. Fixação em R$ 9.000,00. Razoabilidade. Exigência de cheque-caução pela corré para prestar atendimento médico. Danos morais. Ocorrência. Fixação em R$ 2.000,00. Recurso do autor provido em parte, improvido o do réu. O corréu Centro Transmontano causou dano moral ao autor, pessoa de idade e que sofria de sérios problemas de saúde, ao negar-se a cobrir as despesas de internação, pois não o informara do descredenciamento do hospital. Ao que tudo indica, o hospital condicionou a prestação de serviço médico à emissão de cheque caução, o que configura prática abusiva e, em face das circunstâncias, notadamente o fato de que paciente era idoso e sua internação era emergencial, acarretou danos morais" (TJSP – Apelação 0131319-87.2006.8.26.0000 – Acórdão 4931640, São Paulo – Terceira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Jesus Lofrano – j. 08.02.2011 – *DJESP* 02.03.2011).
>
> "Responsabilidade civil. Relação de consumo. Hospital. Situação de emergência. Cheque caução. Exigência para fins de internação. Prática abusiva. Aflição e angústia impostas ao consumidor. Dano moral configurado. Violação do Código de Defesa do Consumidor e de lei estadual. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Inocorrência. O juiz é o destinatário da prova e está autorizado a dispensar as desnecessárias ao deslinde da causa (CPC, art. 130). Não se configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, presentes as condições previstas no art. 330, inc. I, do CPC. A exigência de cheque-caução para que ocorra a internação hospitalar de paciente em estado grave emergencial, configura prática abusiva, ferindo as disposições do CDC. Configura ainda afronta à Lei Estadual 3.426/2000, que proíbe a exigência de depósito prévio de qualquer natureza, para possibilitar internação de doente em situação de urgência e emergência. Dano moral configurado. Valor que atende aos princípios reitores do instituto. Verba honorária bem fixada. Impossibilidade de se aplicar a multa legal por ausência de pedido inicial, não podendo inovar em sede de recurso. Manutenção da sentença. Conhecimento e desprovimento de ambos os recursos" (TJRJ – Apelação 2008.001.57406 – Décima Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza – j. 07.04.2009 – *DORJ* 13.04.2009, p. 167).

Em suma, não se pode mais insistir na premissa de que o Código Civil é a via de solução para todos os problemas práticos, para a *cura de todos os males*, como pensavam os antigos civilistas. Em muitos casos, a correta solução de enquadramento está no Código de Defesa do Consumidor.

Como outro exemplo de situação de lesão objetiva ao consumidor, cite-se a comum cobrança, nos

contratos de aquisição de imóveis a prazo, de *juros no pé*, ou seja, antes da entrega da obra. De qualquer maneira, infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender, no ano de 2012, que a sua cobrança é legítima. Vejamos a publicação de acórdão constante do *Informativo n*. 499 da Corte:

> "Juros compensatórios ('juros no pé'). Incidência anterior à entrega das chaves. Compromisso de compra e venda. A Seção, por maioria, decidiu que não é abusiva a cláusula de cobrança de juros compensatórios incidentes em período anterior à entrega das chaves nos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis em construção sob o regime de incorporação imobiliária. Observou o Min. Antonio Carlos Ferreira que, a rigor, o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção deveria ser feito à vista. Não obstante, em favorecimento financeiro ao comprador, o incorporador pode estipular o adimplemento da obrigação mediante o parcelamento do preço, inclusive, em regra, a prazos que vão além do tempo previsto para o término da obra. Em tal hipótese, afigura-se legítima a cobrança dos juros compensatórios, pois o incorporador, além de assumir os riscos do empreendimento, antecipa os recursos para o seu regular andamento. Destacou-se que seria injusto pagar na compra parcelada o mesmo valor correspondente da compra à vista. Acrescentou-se, ainda, que, sendo esses juros compensatórios um dos custos financeiros da incorporação imobiliária suportados pelo adquirente, deve ser convencionado expressamente no contrato ou incluído no preço final da obra. Concluiu-se que, para a segurança do consumidor, em observância ao direito de informação insculpido no art. 6º, II, do CDC, é conveniente a previsão expressa dos juros compensatórios sobre todo o valor parcelado na aquisição do bem, permitindo, dessa forma, o controle pelo Judiciário. Além disso, afirmou o Min. Antonio Carlos Ferreira que se esses juros não puderem ser convencionados no contrato, serão incluídos no preço final da obra e suportados pelo adquirente, sendo dosados, porém, de acordo com a boa ou má intenção do incorporador. Com base nesse entendimento, deu-se provimento aos embargos de divergência para reconhecer a legalidade da cláusula contratual que previu a cobrança dos juros compensatórios de 1% a partir da assinatura do contrato" (STJ – EREsp 670.117-PB – Rel. originário Min. Sidnei Beneti – Rel. para acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira – j. 13.06.2012).

Trata-se de mais uma decisão da Corte Superior à qual não se filia, por representar clara afronta ao dispositivo do Código de Defesa do Consumidor em análise. A onerosidade excessiva da previsão contratual acima mencionada é clara e cristalina.

7.2.6. Executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes (art. 39, inc. VI, do CDC)

A exigência de orçamento prévio para a prestação de um serviço é outro exemplo típico de aplicação da boa-fé objetiva à fase pré-contratual do negócio de consumo, por representar incidência do dever anexo de informação. A não ser nas hipóteses em que as partes já negociaram previamente sem a sua elaboração, o orçamento é obrigatório. No que tange a tal obrigatoriedade, vejamos o teor de decisão do Tribunal Paulista em sede de ação civil pública:

> "Ação civil pública. Prestação de serviços. Pedido cominatório para compelir hospital a incluir cláusula contratual estipulando a obrigação de apresentar orçamento prévio sobre os serviços contratados, bem como serviços prestados apenas em momento superveniente. Inserção de outra cláusula contratual para que, nos casos de urgência e indefinição do tratamento, seja apresentada tabela dos preços dos serviços disponíveis no nosocômio. Direito básico do consumidor à informação clara e adequada sobre os serviços que lhe são prestados, inclusive no que diz respeito ao preço. Art. 6º, III, do CDC. Dever de informação decorrente do princípio da boa-fé objetiva. Arts. 40, e 39, VI, do CDC. Dever dos fornecedores em geral de entrega de orçamento prévio dos serviços contratados. Recusa do hospital que configura prática abusiva. Precedentes jurisprudenciais que corroboram a sujeição dos hospitais ao dever legal de apresentação de orçamento prévio. Confirmação da sentença de procedência da ação. Recurso desprovido" (TJSP – Apelação 992.07.021649-4 – Acórdão 4768082, São Paulo – Trigésima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Edgard Rosa – j. 20.10.2010 – *DJESP* 06.12.2010).

De acordo com o art. 40 da Lei 8.078/1990, o fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao

consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão de obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços. Tal exigência ocorre mesmo em relação a concessionária que efetua reparos no veículo, "ainda que dentro de período de garantia do bem e de forma graciosa, devendo fornecer ao consumidor, por escrito, orçamento e discriminação dos serviços" (TJSP – Apelação 992.05.102686-3 – Acórdão 4379504, Sorocaba – Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Norival Oliva – j. 16.03.2010 – *DJESP* 13.04.2010). Além disso, a assinatura de "pré-ordem de serviço" não autoriza o fornecedor a realizar os serviços sem a apresentação do orçamento e expressa autorização do consumidor (TJMG – Apelação Cível 1.0027.06.100307-8/0011, Betim – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Cabral da Silva – j. 19.02.2008 – *DJEMG* 15.03.2008).

Como se observa, as informações constantes do orçamento devem ser completas, vinculando a parte declarante, nos termos dos já analisados arts. 30, 31 e 48 do CDC. Ato contínuo, como preceitua o § 2º do art. 40 da Lei Consumerista, uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contratantes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes. Caso a parte se negue a cumprir o que foi orçado, cabem as medidas de tutela específica, caso da fixação de multa ou *astreintes* (art. 84 do CDC).

Eventualmente, como bem conclui a jurisprudência, se os serviços forem prestados sem o orçamento prévio, reputa-se que não possam ser cobrados, sendo tratados como amostras grátis. Aplica-se, por analogia, a regra do art. 39, parágrafo único, do CDC, inicialmente prevista para o inciso III do preceito. Nessa linha, vejamos dois acórdãos:

> "Serviços de mecânica. Código de Defesa do Consumidor. Arts. 6°, VI, e 39, VI. Precedentes. 1. A inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao 'critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências' (art. 6°, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da 'facilitação da defesa' dos direitos do consumidor" (REsp 122.505-SP, da minha relatoria, *DJ* 24.08.1998). 2. O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (STJ – REsp 332869/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 24.06.2002 – *DJ* 02.09.2002, p. 184).

> "Embargos à execução. Nota promissória. Prestação de serviços. Ausência de orçamento prévio e de autorização expressa dos reparos pelo consumidor. Ofensa aos arts. 39, VI, e 40 da Lei 8.078/1990. inexigibilidade do título. A Lei 8.078/1990 estabelece que é vedado ao fornecedor executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, devendo ser discriminado o valor da mão de obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços. É inexigível o valor dos reparos efetuados sem a observância do disposto nos arts. 39, VI, e 40, ambos do Código de Defesa do Consumidor" (TJMG – Apelação Cível 2000945-20.2009.8.13.0027, Beti – Décima Segunda Câmara Cível – Rel. Des. Alvimar de Ávila – j. 23.02.2011 – *DJEMG* 21.03.2011).

Em regra, salvo estipulação em contrário, o valor orçado tem validade pelo prazo decadencial de dez dias, contado de seu recebimento pelo consumidor (art. 40, § 1º, do CDC). Como a norma é de ordem pública (art. 1º do CDC), compreende-se que tal prazo somente pode ser aumentado e nunca diminuído. Não se pode esquecer que o prazo decadencial pode ser aumentado, diante da possibilidade de sua origem convencional.

Por fim, estabelece a Lei 8.078/1990 o que consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros não previstos no orçamento prévio, o

que cabe ao prestador de serviços (art. 40, § 3º, do CDC). Desse modo, cabe a prestação de serviços por terceiros à custa do devedor originário que se comprometeu. Para as devidas medidas judiciais, têm incidência os arts. 633 e 634 do CPC. Pela via extrajudicial, pode ser o caso de subsunção do art. 249, parágrafo único, do CC/2002, *in verbis*: "Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido".

7.2.7. Repassar informação depreciativa referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos (art. 39, inc. VII, do CDC)

O comando veda as chamadas *listas internas de maus consumidores* ou *listas negras*, em relação a consumidores que buscam exercer os direitos que a lei lhes faculta. O dispositivo não se confunde com o art. 43 do CDC, que trata de bancos de dados e cadastros de consumidores, categorias que ainda serão vistas no próximo capítulo deste livro.[15] A respeito dessa diferenciação, aliás, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Ação civil pública. Supressão do cadastro de passagens da Associação Comercial de São Paulo. Banco de dados em que são registrados negócios realizados pelos consumidores, sem comunicação da inclusão dos nomes dos consumidores. Manutenção do cadastro é útil à sociedade. Informações trazem mais segurança nas operações de crédito, com a diminuição da inadimplência e a redução da taxa de juros, o que beneficia os consumidores em geral. Não se vislumbra ilicitude, nem prática abusiva, por não haver repasse de informações depreciativas em relação ao consumidor. Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP – Apelação com Revisão 384.649.4/8 – Acórdão 4020149, São Paulo – Primeira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Paulo Razuk – j. 11.08.2009 – *DJESP* 07.10.2009).

O que se veda, a título de ilustração, é que empresas que exploram determinados setores troquem nomes de consumidores que ingressam em juízo para tutela de seus direitos, com o fim de dificultar novas aquisições de bens de consumo (*consumidores indesejáveis*). Não se admite, por razões óbvias, a mesma conduta de informação negativa em relação aos advogados desses consumidores, que agem em exercício regular das próprias funções. Deve ficar claro que tal prática existe entre grandes empresas, conforme tem revelado a imprensa nacional televisiva.

Eventualmente, os consumidores e procuradores prejudicados poderão fazer uso da responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor para responsabilizar os fornecedores e prestadores pela prática abusiva. E isso sem prejuízo de outras sanções a que possam estar sujeitos os agentes que atuam em abuso de direito, caso das penalidades administrativas.

7.2.8. Colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO (art. 39, inc. VIII, do CDC)

Como se retira da obra de Rizzatto Nunes, quatro são os tipos de normas técnicas existentes no Brasil:

– NBR 1: normas compulsórias aprovadas pelo CONMETRO, com uso obrigatório em todo o País.
– NBR 2: normas de referência aprovadas pelo CONMETRO, de uso obrigatório pelo Poder Público.
– NBR 3: normas registradas com caráter voluntário, com registro pelo INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial).
– NBR 4: normas probatórias, registrados no INMETRO, ainda em fase de experimentos, com vigência limitada.[16]

Na verdade, o dispositivo do CDC visa a uma padronização de condutas, para que os consumidores não sejam expostos a situações de risco ou perigo pelos produtos postos em circulação no mercado de consumo. Presente a prática abusiva, caberão as sanções administrativas do art. 56 da Lei 8.078/1990, com a possibilidade de apreensão de produtos, sem prejuízo da responsabilização civil correspondente.

7.2.9. Recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais (art. 39, inc. IX, do CDC)

O preceito foi introduzido pela Lei 8.884/1994, tendo um sentido mais amplo do que o inciso II, pois dirigida a qualquer situação de alienação de bens, sendo proibida a negação de venda a quem de imediato se apresenta à celebração do negócio.[17] A título de exemplo de subsunção do preceito, julgado publicado no *Informativo* n. *507* do STJ concluiu que "a negativa pura e simples de contratar seguro de vida é ilícita, violando a regra do art. 39, IX, do CDC. Diversas opções poderiam substituir a simples negativa de contratar, como a formulação de prêmio mais alto ou, ainda, a redução de cobertura securitária, excluindo-se os sinistros relacionados à doença preexistente, mas não poderia negar ao consumidor a prestação de serviços. As normas expedidas pela Susep para regulação de seguros devem ser interpretadas em consonância com o mencionado dispositivo. Ainda que o ramo securitário consubstancie atividade de alta complexidade técnica, regulada por órgão específico, a contratação de seguros está inserida no âmbito das relações de consumo, portanto tem necessariamente de respeitar as disposições do CDC. A recusa da contratação é possível, como previsto na Circular Susep n. 251/2004, mas apenas em hipóteses realmente excepcionais" (STJ – REsp 1.300.116/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 23.10.2012).

Apesar da literalidade do comando, deve-se excetuar as hipóteses em que o bom-senso não recomenda a venda do bem de consumo. A título de exemplo, cite-se o caso do frequentador de um bar que tem o costume de exagerar na bebida e depois causar danos no estabelecimento. Em outras palavras, a razoabilidade deve guiar o intérprete da norma.

7.2.10. Elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços (art. 39, inc. X, do CDC)

Trata-se de mais um dispositivo incluído pela Lei 8.884/1994, mantendo relação direta com o art. 51, inc. X, do próprio Código Consumerista, que considera abusiva a cláusula de variação unilateral de preço. A expressão *justa causa* deve ser interpretada de acordo com a realidade social de ampla tutela dos consumidores e, em casos de dúvidas, deve prevalecer a sua proteção.

A prática de alteração do preço sem motivo representa afronta à boa-fé objetiva e às justas

expectativas depositadas no negócio de consumo. Como é notório, não se pode aceitar atos praticados pelos fornecedores e prestadores com o intuito de surpreender os consumidores em relação ao originalmente contratado, situação típica do abuso de direito não tolerado pelo sistema consumerista.

Com interessante interpretação do preceito, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou que "Não pode a CEDAE multiplicar o consumo mínimo pela quantidade de unidades imobiliárias existentes no prédio. Esse mínimo do consumo deve ser considerado em relação a cada hidrômetro. Interpretar a norma de outra forma equivale a transformar o consumo medido em consumo estimado, lesando os direitos do consumidor. 3. Tarifa progressiva. Ilegalidade. Sem justa causa, não se permite ao fornecedor aumentar o preço (art. 39, inc. X, CDC)" (TJRJ – Apelação Cível 24349/2001, Rio de Janeiro – Décima Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Nascimento Povoas Vaz – j. 25.04.2002).

7.2.11. Aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido (art. 39, inc. XIII, do CDC)

Como bem leciona Herman Benjamin, "É comum no mercado a modificação unilateral dos índices ou fórmulas de reajuste nos negócios entre consumidores e fornecedores (contratos imobiliários, de educação, de planos de saúde, por exemplo). O dispositivo veda tal comportamento, criando um ilícito de consumo, que pode ser atacado civil ou administrativamente".[18] Mais uma vez, não se admite a mudança das *regras do jogo* por parte dos fornecedores e prestadores.

Em outras palavras, a prática abusiva existe, pois não se pode admitir contrariedade ao que foi firmado com os consumidores ou à matéria regulada por norma de ordem pública. Desse modo, a lei está amparada na máxima que veda o comportamento contraditório, relativa à boa-fé objetiva, abordada no Capítulo 5 deste estudo (*venire contra factum proprium non potest*). Apesar da possibilidade de se argumentar pela força obrigatória da convenção (*pacta sunt servanda)*, o fundamento de desrespeito ao primado relativo à boa-fé objetiva parece mais condizente com o sistema adotado pela Lei 8.078/1990 e com os tempos contemporâneos.

7.2.12. Deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério (art. 39, inc. XII, do CDC)

A inclusão da previsão se deu pela Lei 9.008/1995, pois o dispositivo havia sido revogado pela Lei 8.884/1994. Veda-se a prática *puramente potestativa*, dependente apenas do bel-prazer do fornecedor ou prestador. Diante da lealdade que se espera das relações negociais, os fornecedores e prestadores devem fixar prazo e termo para o adimplemento do afirmado, sob pena de total instabilidade das relações de consumo e descrédito de todo o sistema consumerista. A título de exemplo, o prestador deve fixar um prazo razoável para que o serviço seja prestado ao consumidor, em vista de atender aos seus anseios no caso concreto. Em outras palavras, a não fixação de prazo afasta-se da tutela da confiança preconizada pela Lei Consumerista.

7.3. A NECESSIDADE DE RESPEITO AO TABELAMENTO OFICIAL, SOB PENA DE CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO (ART. 41 DO CDC)

O art. 41 da Lei 8.078/1990 regula o *tabelamento oficial*, prática utilizada pelo Estado no Brasil nos anos próximos à entrada em vigor da Lei Consumerista, diante das altas taxas de inflação existentes no País. Deve ficar claro que tal prática não é a regra no momento, pois vige a fixação de preços pela prática mercadológica. O tabelamento representa hipótese de *dirigismo contratual*, de clara intervenção estatal nas relações negociais privadas. Deve ficar claro, na esteira da melhor jurisprudência, que o tabelamento oficial não fere o direito à livre iniciativa, consagrado pelo art. 170 do Texto Maior:

> "Ação anulatória. Estabelecimento autuado por infração aos arts. 31 e 41 do CDC. Pretensão de anulação do auto de infração e da multa dele decorrente. Existência de regime de controle ou de tabelamento de preços, que não fere o princípio da livre iniciativa previsto no art. 170 da CF. Princípio constitucional que não pode afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. Não essencialidade do produto que não afasta a intervenção estatal. Recurso provido" (TJSP – Apelação Cível 527.256.5/9 – Acórdão 3942962, São Paulo – Décima Primeira Câmara de Direito Público – Rel. Des. Oscild de Lima Júnior – j. 22.06.2009 – *DJESP* 07.08.2009).

De acordo com a norma em estudo, no caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais. Isso, sob pena de responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir, à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Além disso, cabe o cumprimento forçado do tabelamento oficial, por meio da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 84 do CDC). Como se nota, o desrespeito ao tabelamento é tratado como hipótese de abuso de direito, ou seja, de ilícito consumerista pelo exercício irregular de um direito.

Por derradeiro, mais uma vez buscando um *diálogo* com o Código Civil, consigne-se que a fixação do preço tabelado na compra e venda consta do art. 488 da codificação privada, *in verbis*: "Convencionada a venda sem fixação do preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Parágrafo único. Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio".

Interpretando corretamente a norma geral civil, leciona Paulo Luiz Netto Lôbo que "não há compra e venda sem preço, pois o comando legal em questão menciona que, se não houver preço inicialmente fixado, deverá ser aplicado o preço previsto em tabelamento oficial; ou, ausente este, o preço de costume adotado pelo vendedor. Ademais, na falta de acordo, deverá ser adotado o *termo médio*, a ser fixado pelo juiz".[19] Em complemento, na linha do doutrinador citado, o preço de tabelamento envolve matéria de ordem pública, não podendo ser sobreposto por outro preço fixado pela autonomia privada, por aplicação do princípio da função social dos contratos (art. 421 do CC/2002), que, na sua eficácia interna, limita a liberdade das partes.[20]

7.4. O ABUSO DE DIREITO NA COBRANÇA DE DÍVIDAS (ART. 42, *CAPUT,* DO CDC). O PROBLEMA DO CORTE DE SERVIÇO ESSENCIAL. A NECESSIDADE DE

PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES NA COBRANÇA (ART. 42-A DO CDC)

O art. 42, *caput*, da Lei 8.078/1990, que trata do *abuso de direito na cobrança de dívidas*, tem grande aplicação na prática consumerista. É a sua redação: "Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça". Fica clara a opção pela configuração do abuso de direito, *ilícito equiparado*, uma vez que a cobrança de dívidas, em regra, constitui um exercício regular de direito que afasta o ilícito civil (art. 188, inc. II, do CC/2002). No âmbito penal, todavia, a solução é pela caracterização do ilícito puro, pelo que consta do art. 71 do próprio CDC ("Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa").

Pelo texto, veda-se, de início, a exposição do consumidor ao ridículo na cobrança de dívidas, o que deve ser analisado caso a caso, tendo como parâmetro as máximas de experiências e os padrões de conduta perante a sociedade. Da jurisprudência superior, vejamos ementa do Superior Tribunal de Justiça, que deduziu pela cobrança vexatória em caso de cárcere privado em loja, por suposto furto de mercadoria, o que gerou o dever de reparar:

> "Civil e processual civil. Dano moral. Lojas de departamentos. Constrangimento ilegal e cárcere privado. Indenização. *Quantum*. Razoabilidade. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Interesse recursal. Alteração do pedido. Inocorrência. Recurso desacolhido. I. Inconcebível que empresas comerciais, na proteção aos seus interesses comerciais, violentem a ordem jurídica, inclusive encarcerando pessoas em suas dependências sob a suspeita de furto de suas mercadorias. II. Diante dos fatos assentados pelas instâncias ordinárias, razoável a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem, levando-se em consideração não só a desproporcionalidade das agressões pelos seguranças como também a circunstância relevante de que as lojas de departamentos são locais frequentados diariamente por milhares de pessoas e famílias. III. A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom-senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica. IV. Em face dos manifestos e frequentes abusos na fixação do *quantum* indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle. V. Não carece de interesse recursal a parte que, em ação de indenização por danos morais, deixa a fixação do *quantum* ao prudente arbítrio do juiz, e posteriormente apresenta apelação discordando do valor arbitrado. Nem há alteração do pedido quando a parte, apenas em sede de apelação, apresenta valor que, a seu ver, se mostra mais justo. VI. Inocorre negativa de prestação jurisdicional quando os temas colocados pela parte são suficientemente analisados pela instância de origem" (STJ – REsp 265133/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 19.09.2000 – *DJ* 23.10.2000, p. 145).

Em situação próxima, constitui cobrança vexatória a prática de casas noturnas de impedir a saída do consumidor enquanto não for paga a dívida de consumação. Como bem ilustrado por João Paulo Rodrigues de Castro, "Muitas boates utilizam artifícios criminosos para cobrar os clientes de seus estabelecimentos. O mais comum é simplesmente impedirem a saída do devedor. Mas há atitudes mais drásticas. Muitas boates, quando informadas da impossibilidade de pagamento, levam os inadimplentes para um cômodo reservado no próprio local. Lá dão coronhadas e choques elétricos para forçar o cumprimento da obrigação. Caso não consigam receber o dinheiro desse modo, pegam documentos ou até mesmo bem em garantia da dívida. Em Belo Horizonte, um cliente foi obrigado a empenhar as próprias roupas, deixando o estabelecimento apenas de cueca".[21] Obviamente, tais

práticas abusivas ensejam a possibilidade de reparação imaterial a favor do consumidor, devendo a indenização ser fixada em parâmetros pedagógicos, para que as condutas antissociais não se repitam.

Partindo-se para outros casos concretos, já se entendeu que a entrega de correspondência de cobrança aberta em portaria de prédio constitui cobrança vexatória, a justificar indenização por danos morais (TJSP – Apelação 1122435-0 – Acórdão 4136016, Bauru – Décima Quinta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Milton Paulo de Carvalho Filho – j. 20.10.2009 – *DJESP* 03.11.2009). Com conteúdo interessante, concluiu o Tribunal Gaúcho: "Não funcionamento do sistema de cartão de débito. Negativa, por parte do estabelecimento, de deixar o consumidor sair, acionando a brigada militar. Ofensa ao art. 42 do CDC, que veda a exposição ao ridículo e o constrangimento ou ameaça. Dano moral caracterizado" (TJRS – Recurso Cível 71001634062, Viamão – Segunda Turma Recursal Cível – Rel. Des. Vivian Cristina Angonese Spengler – j. 24.09.2008 – *DOERS* 30.09.2008, p. 64).

Por outra via, em algumas situações afasta-se o abuso na cobrança, entendendo-se pela presença de exercício regular de direitos por parte do credor. De início, vejamos decisão a respeito de cobrança de dívida realizada no ambiente de trabalho do consumidor:

> "Responsabilidade civil. Cobrança de dívida no local de trabalho do devedor. Ausência de abusividade na conduta do credor. Danos morais não caracterizados. A simples presença de um representante da empresa credora no local de trabalho do devedor não caracteriza exposição ao ridículo, constrangimento ou ameaça, nos termos do art. 42 do CDC. Apelo improvido" (TJRS – Apelação Cível 70022807408, Pelotas – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann – j. 24.07.2008 – *DOERS* 18.08.2008, p. 42).

Como se pode notar, há certa divergência entre o primeiro julgado citado, do Tribunal de São Paulo, e o último. Seguindo a linha da ausência de cobrança vexatória, no que concerne a ligações telefônicas e envio de cartas de cobrança sigilosas, do mesmo Tribunal Rio Grandense:

> "Consumidor. Alegado abuso no exercício do direito de cobrança. Ligações telefônicas. Carta de cobrança. Débito supostamente pago. Procedimento de cobrança que não expõe ao ridículo, ou constrange, ou ameaça o devedor. Art. 42 do CDC. Ilícito não reconhecido. Para se colorir a figura do constrangimento, exposição ao ridículo, ou mesmo da ameaça ao consumidor, a que alude o art. 42 do CDC, não basta a cobrança insistente do débito ou o aviso de que serão tomadas providências legais – ajuizamento de ação, protesto de título, cadastramento negativo –, já que são medidas que denotam o exercício dos direitos previstos no ordenamento jurídico. O ilícito só se colore se há ameaça da prática de ato em desconformidade com o direito. Ainda que diversas tenham sido as ligações efetuadas ao apelante, a fim de realizar a cobrança de débitos, tais ligações foram efetuadas porque, de fato, devedor era. Até aí, tratando-se de débitos em atraso, age o réu no exercício regular de seu direito de cobrança. Envio de carta sigilosa de cobrança à residência do devedor. Ausência de exposição ao ridículo, ou interferência no trabalho ou no lazer do consumidor. Resta patente a ausência de qualquer abuso, pelo réu, no exercício de seu direito de cobrança. Dano moral não configurado. Apelo desprovido" (TJRS – Apelação Cível 70021918388, Porto Alegre – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann – j. 28.02.2008 – *DOERS* 10.04.2008, p. 31).

De fato, o uso de ligações telefônicas e o envio de cartas de cobrança, por si sós e dentro da razoabilidade que se espera, não parecem configurar o abuso de direito na cobrança, mas um exercício regular do direito por parte do credor. Todavia, em havendo exageros sociais, com quebra da ética particular, presente estará o abuso de direito, com a consequente responsabilização civil do abusador.

No presente contexto, surge o tema relativo à cobrança de dívidas em sede de condomínio edilício. Como exposto no Capítulo 3 desta obra, não há relação de consumo entre o condômino e o

condomínio, pela falta de alteridade. Sendo assim, o art. 42 do CDC não se aplica às relações condominiais. O controle das condutas está sujeito ao transcrito art. 187 do CC/2002, tendo como parâmetro a função social, a boa-fé objetiva ou os bons costumes. Com o devido respeito ao posicionamento em contrário, entende-se que a mera exposição, na prestação de contas mensais do condomínio, da relação das unidades inadimplentes não constitui cobrança vexatória, mas sim um exercício regular de um direito. Na verdade, pode-se falar até em dever de informação por parte do síndico, de acordo com as suas atribuições como administrador-geral. Por esse caminho, colaciona-se:

> "Exercício regular do direito que não expôs o inadimplente a constrangimento. Cumprimento do dever de prestar contas perante todos os condôminos e justificar o aumento da quota condominial mensal inclusive em razão dos débitos daquela unidade. Recurso da autora improvido" (TJSP – Apelação 992.05.070861-8 – Acórdão 4635729, Ribeirão Preto – Vigésima Sétima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Campos Petroni – j. 10.08.2010 – *DJESP* 27.08.2010).

> "Indenização por danos morais. Simples relação funcional de devedor do condomínio em forma contábil não justifica pedido de indenização por dano moral. Recurso não provido" (TJSP – Apelação 994.06.026808-0 – Acórdão 4587091, São Paulo – Sétima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Gilberto de Souza Moreira – j. 30.06.2010 – *DJESP* 19.07.2010).

O que não se pode admitir é que o condomínio afixe em local visível o nome daqueles que são inadimplentes, o que, sem dúvidas, configura o abuso de direito civil, nos termos da lei geral privada. Nesse sentir:

> "Apelação cível. Danos morais. Condomínio. Apresentação e afixação de lista com nome dos inadimplentes em quadro de avisos do edifício. Abuso de direito. Exposição desnecessária. No exercício do direito de exigir o pagamento, cabe ao credor escolher as vias adequadas, tendo a cautela de não expor o devedor ao ridículo ou a situações vexatórias, sendo que os meios utilizados devem ser razoáveis, cumprindo-se evitar providências que excedam o necessário para a satisfação do crédito. A afixação na entrada de prédio em condomínio de lista contendo o nome de condôminos inadimplentes, sem qualquer intuito de prestar contas ou de cientificar os devedores, caracteriza ato ilícito em razão do abuso do direito de cobrança. Os danos experimentados pelos apelantes, consistente em saber que tiveram seus nomes expostos, são passíveis de ser indenizados por configurar ofensa à esfera íntima e à honra da pessoa" (TJMG – Apelação Cível 1.0720.02.006672-9/001, Visconde do Rio Branco – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Elias Camilo – j. 08.03.2007 – *DJMG* 30.03.2007).

> "Indenização por danos morais. Cobrança vexatória em condomínio. Colocação de lista de inadimplentes em edital entre os elevadores sociais. Exposição de situação particular a pessoas alheias a sociedade condominial. Caracterização do dano moral. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido" (TJPR – Recurso 230968-0 – Acórdão 1767, Curitiba – Décima Oitava Câmara Cível – Rel. Des. Sérgio Roberto N. Rolanski – j. 17.08.2005).

De toda sorte, deve ficar claro que o debate relativo ao condomínio edilício não envolve o art. 42 do CDC, pois não se situa a relação entre esse e os seus componentes na órbita da relação jurídica de consumo.

Seguindo no estudo do último comando consumerista, não pode o vulnerável negocial ser submetido a qualquer tipo de coação, pressão física que vicia a sua vontade. Em *diálogo das fontes*, servem como parâmetros os dispositivos da lei geral privada que tratam desse defeito do negócio jurídico. Para começar, o conceito de coação pode ser retirado do art. 151 do CC/2002, a saber: "A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens. Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação". No plano consumerista, em vez da anulabilidade do ato correspondente,

deve-se reconhecer o dever de reparar pela prática abusiva. Eventualmente, se a permissão da coação constar em um contrato, a cláusula correspondente deve ser reconhecida como nula, por abusividade, por força do art. 51 da Lei 8.078/1990.

Cabe a análise *in concreto* da coação na cobrança de dívidas, levando-se em conta as características gerais do coagido. Em outras palavras, nos termos do art. 152 do CC/2002, ao apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente (o consumidor), e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela. Por razões óbvias, em havendo um *consumidor hipervulnerável* (*v.g.*, idoso) análise da coação deve ser mais contundente.

Ato contínuo de *diálogo*, também na ótica consumerista não se consideram coação o mero temor reverencial (receio de desapontar uma pessoa querida ou próxima) e o exercício normal de um direito (art. 153 do CC/2002). Como exercício regular de direito, mencione-se a possibilidade de inscrição em cadastro de inadimplentes ou de protesto de dívida quando a dívida realmente existe. Em casos tais, a comunicação prévia não constitui um abuso de direito, mas um verdadeiro dever do credor. A temática será abordada no próximo capítulo deste livro.

Nos mesmos termos do que consta dos arts. 154 e 155 do CC/2002, admite-se a coação por terceiro na ótica da cobrança de dívidas consumeristas. A título de exemplo, a cobrança com abuso pode ser exercida por uma empresa especializada em cobranças, respondendo solidariamente o fornecedor ou prestador que a contrata. A responsabilidade objetiva e solidária pode ainda ser retirada dos arts. 14 e 20 da Lei 8.078/1990, conforme reconhece a jurisprudência (TJRS – Apelação Cível 70005417647, Porto Alegre – Nona Câmara Cível – Rel. Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano – j. 29.09.2004).

Superada tal *visão dialogal*, parte-se à abordagem de um assunto delicado, qual seja o corte de serviço essencial por parte dos credores em relação a devedores inadimplentes. A problemática envolve tanto a coação quanto a cobrança vexatória, que expõe o vulnerável ao ridículo. Vislumbram-se os casos de corte de serviços de água, luz e gás por parte das empresas concessionárias que prestam o serviço. Existem duas correntes bem definidas a respeito da questão.

De início, o primeiro entendimento prega a impossibilidade de interrupção do *serviço público essencial* em qualquer hipótese, categoria na qual se situam os serviços de água e luz. Tal corrente sustenta-se na subsunção do art. 22 da Lei 8.078/1990, segundo o qual: "Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código". Em complemento, o corte de serviço essencial constituiria uma prática abusiva na cobrança da dívida, nos termos do ora abordado art. 42, *caput*, do CDC. Esse é o entendimento doutrinário de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, para quem "Um bem maior como a vida, a saúde e a dignidade não pode ser sacrificado em função do direito de crédito (um bem menor)".[22] Da mesma maneira posicionam-se Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem quanto às pessoas naturais, citando a proteção da dignidade humana.[23]

De fato, essa primeira corrente consubstancia o que se espera da *justiça consumerista*. Não se pode esquecer que o Código de Defesa do Consumidor é *norma principiológica*, de ordem pública e

interesse social, havendo menção expressa no próprio Texto Maior quanto à proteção dos interesses dos consumidores (art. 5º, XXXII e art. 170, V). Repise-se que isso coloca a Lei 8.078/1990 em posição hierarquicamente superior à regulamentação das concessões públicas, conforme as normas que serão a seguir transcritas (*posição supralegal*). Ademais, a dignidade humana entra em cena para afastar o corte em casos de inadimplemento por parte de pessoas naturais. Anote-se que esse era o entendimento consolidado anterior do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser transcrito, por todos:

> "Administrativo. Corte no fornecimento de energia elétrica. Impossibilidade. Precedentes jurisprudenciais. Agravo regimental. Ausência de fundamentos para infirmar a decisão agravada. Desprovimento. 1. O corte no fornecimento de energia elétrica, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e malfere a cláusula pétrea que tutela a dignidade humana. Precedentes do STJ. 2. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada. 3. Agravo regimental desprovido" (STJ – AgRg no Ag 478911/RJ – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 06.05.2003 – *DJ* 19.05.2003, p. 144).

Os fundamentos da decisão são muito fortes. Como é notório, o art. 1º, inc. III, da Constituição Federal reconhece a dignidade da pessoa humana como um *princípio estruturante*, aplicável a qualquer tipo de relação jurídica, um dos fundamentos da República Brasileira. Apesar da falta de menção no julgado, entendemos que um outro princípio constitucional poderia ser citado, o da *solidariedade social*, pela busca de uma sociedade mais justa e solidária, pela ampliação das responsabilidades nas relações negociais (art. 3º, inc. I, da CF/1988).

Em suma, filia-se a esse entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, conclui-se que a empresa concessionária não pode interromper o serviço essencial mesmo nos casos de inadimplemento. Cabe apenas à prestadora do serviço procurar outros meios judiciais para cobrar o valor devido, inclusive com a penhora de bens do consumidor que não honra com as suas obrigações.

Não convencem este autor os argumentos estribados na *teoria dos jogos*, segundo os quais os consumidores adimplentes acabam por pagar a parte dos inadimplentes. Primeiro, porque não há prova contundente de que tais cálculos existem efetivamente no Brasil. Segundo, pois a inadimplência entra no *risco do empreendimento* das empresas, que cobram altas tarifas pelo serviço público. Terceiro, porque tais serviços deveriam ser subsidiados no País, diante da realidade dos altos impostos que são pagos pelos cidadãos.

No que concerne às pessoas jurídicas, empresas, o presente autor não pensa de forma diferente, pelo argumento de prevalência da Norma Consumerista. Em reforço, não se pode perder de vista a função social que a empresa desempenha perante a sociedade, podendo o corte de serviço essencial trazer lesão a tal finalidade. A propósito desse princípio, na *I Jornada de Direito Civil* aprovou-se o Enunciado n. 53 CJF/STJ, prevendo que "deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa".

Pois bem, o segundo posicionamento a respeito do corte de serviço essencial, aquele que prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, possibilita a interrupção do serviço nas hipóteses de inadimplemento do usuário-consumidor, desde que haja prévia comunicação por parte do prestador de serviços. Conforme pontuam Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luiz Guilherme Bondioli, "A 1ª Seção do STJ pacificou entendimento no sentido da possibilidade de interrupção do fornecimento do serviço público essencial, ante o inadimplemento do consumidor".[24]

Para tanto, argumenta-se com base na legislação que trata das concessões dos serviços públicos no Brasil.

De início, a Lei das Concessões Públicas (Lei 8.987/1995) estabelece em seu art. 6º que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. É considerado como serviço adequado o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (§ 1º). Como ressalva, não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: *a)* motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e *b)* por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (§ 3º).

Ato contínuo, em relação ao serviço de energia elétrica, o corte pelo inadimplemento tem fundamento no art. 17 da Lei 9.427/1996, que disciplina a sua concessão, *in verbis:* "A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que presta serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Público Estadual. § 1º O Poder Público que receber a comunicação adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica, inclusive dando publicidade à contingência, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida".

Além desses preceitos, o art. 40 da Lei 11.445/2007 trata do corte no serviço de água e esgoto (saneamento básico), a saber: "Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses: (...) V – inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado. § 1º As interrupções programadas serão previamente comunicadas ao regulador e aos usuários. § 2º A suspensão dos serviços prevista nos incisos III e V do *caput* deste artigo será precedida de prévio aviso ao usuário, não inferior a 30 (trinta) dias da data prevista para a suspensão. § 3º A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas".

Sustenta-se a prevalência das normas transcritas por serem mais especiais e posteriores ao Código de Defesa do Consumidor (*critério da especialidade + critério cronológico*). Para balizar essa segunda corrente, em reforço, tem-se utilizado o fundamento constitucional de proteção da propriedade e da sua função social (art. 5º, XXII e XXII, CF/1988), bem como a manutenção da ordem econômica (art. 170 da CF/1988). A propósito de tal conclusão, vejamos duas das numerosas ementas, apenas para ilustrar:

> "Embargos de divergência. Administrativo. Fornecimento de energia elétrica. Constatada inadimplência do consumidor. Suspensão do fornecimento. Possibilidade. Embargos conhecidos, mas improvidos. A suposta necessidade da continuidade do serviço público, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, não se traduz em uma regra de conteúdo absoluto, em vista das limitações previstas na Lei 8.987/1997. Aliás, nessa linha de entender, a colenda Primeira Turma, por meio de voto condutor da lavra do ilustre Ministro Teori Albino Zavascki, assentou que 'tem-se, assim, que a continuidade do serviço público assegurada pelo art. 22 do CDC não constitui princípio absoluto, mas garantia limitada pelas disposições da Lei 8.987/1995, que, em nome justamente da preservação da continuidade e da qualidade da prestação dos serviços ao conjunto dos usuários, permite, em hipóteses entre as quais o inadimplemento, a suspensão no seu fornecimento' (REsp 591.692-RJ, *DJ* 14.03.2005). Há expressa

previsão normativa da possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário que deixa de efetuar a contraprestação ajustada (art. 6º, § 3º, inc. II da Lei 8.987/1995; art. 17 da Lei 9.427/1996; e art. 91, incs. I e II, da Resolução 456/2000 da ANEEL). Recebe o usuário, se admitida a impossibilidade de suspensão do serviço, reprovável estímulo à inadimplência. Não será o Judiciário, entretanto, insensível relativamente às situações peculiares em que o usuário deixar de honrar seus compromissos financeiros em razão de sua hipossuficiência, circunstância que não se amolda ao caso em exame. Embargos de divergência conhecidos e improvidos" (STJ – EREsp 302.620/SP – Primeira Seção – Rel. Min. José Delgado – Rel. p/Acórdão Min. Franciulli Netto – j. 25.08.2004 – *DJ* 03.04.2006, p. 207 – *REPDJ* 09.10.2006, p. 251).

"Administrativo. Suspensão do fornecimento de energia elétrica. Inadimplemento. Possibilidade. 1. A Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, prevê, nos incisos I e II do § 3º do art. 6º, duas hipóteses em que é legítima sua interrupção, em situação de emergência ou após prévio aviso: (a) por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; (b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. 2. Tem-se, assim, que a continuidade do serviço público, assegurada pelo art. 22 do CDC, não constitui princípio absoluto, mas garantia limitada pelas disposições da Lei 8.987/1995, que, em nome justamente da preservação da continuidade e da qualidade da prestação dos serviços ao conjunto dos usuários, permite, em hipóteses entre as quais a de inadimplemento do usuário. Precedentes: REsp 363.943/MG, Primeira Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 01.03.2004; e REsp 302.620/SP, Segunda Turma, Rel. p/o acórdão Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 16.02.2004. 3. Embargos de divergência a que se nega provimento" (STJ – EREsp 576242/MG – Primeira Seção – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – j. 26.04.2006 – *DJ* 15.05.2006, p. 152).

Apesar de esse entendimento ser o majoritário, algumas ressalvas são feitas pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, o que deve ser abordado pontualmente.

Como *primeira exceção* à regra do corte, a jurisprudência entende que aquele somente é possível em relação a débitos atuais, do próprio mês de consumo, e não quanto a dívidas antigas ou anteriores (entre os mais recentes: STJ – AgRg no Ag 1359604/RJ – Segunda Turma – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 03.05.2011 – *DJe* 09.05.2011; STJ – AgRg no Ag 1.132.844/RS – Segunda Turma – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 26.04.2011 – *DJe* 05.05.2011; STJ – AgRg no REsp 1.032.256/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 08.02.2011 – *DJe* 21.02.2011; STJ – AgRg no AgRg no REsp 1.181.671/RS – Primeira Turma – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – j. 21.10.2010 – *DJe* 10.12.2010; e STJ – AgRg no Ag 1.200.406/RS – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 24.11.2009 – *DJe* 07.12.2009).

Como *segunda ressalva*, não cabe o corte do serviço essencial pelo inadimplemento nos casos de compensação de valores pagos a mais pelo usuário-consumidor. Nesse ínterim, decisão publicada no *Informativo 239* daquela Corte Superior:

"Energia elétrica. Corte. Fornecimento. É possível o corte no fornecimento de energia por inadimplência, como forma apta a impedir o enriquecimento ilícito de uma das partes, a comprometer o equilíbrio financeiro dos contratos e, talvez até, a própria coletividade. Entretanto o Tribunal *a quo* obstou o corte de energia elétrica da agravada. Outrossim, a concessionária agravante não demonstrou, efetivamente, de que forma o suposto comprometimento de 10% de seu faturamento trimestral (que é o valor da dívida) implicaria eventual comprometimento do próprio serviço prestado, a ameaçar a economia, a segurança e a saúde públicas. Por outro lado, há notícia de que a hipótese seria não de inadimplência, mas de compensação de valores pagos a mais pela empresa, consoante decisão judicial juntada pela parte contrária. Se legal ou não a compensação feita, em tese, pela empresa, à Corte não cabe dizer em suspensão de liminar e de sentença, restrita ao exame dos requisitos previstos na Lei 8.437/1992. Não se admite, também, o uso da drástica medida como se recurso fosse, a impugnar decisão judicial contra a qual existente recurso próprio. A controvérsia, em verdade, permanece restrita ao âmbito do litígio entre as partes, não se reconhecendo afetado, portanto, qualquer dos interesses envolvidos no juízo excepcional da suspensão. A Corte Especial negou provimento ao agravo regimental" (STJ – AgRg na SL e de Sentença 73-MG – Rel. Min. Edson Vidigal – j. 16.03.2005).

Ato contínuo, como *terceira exceção*, não é possível o corte do serviço essencial nos casos de

fraude no medidor, cabendo a investigação da fraude à empresa concessionária e não se podendo entender unilateralmente que essa foi efetivada pelo consumidor, diante da presunção de sua boa-fé. Em complemento, entende-se que o medidor do uso de água ou de energia é de responsabilidade da empresa e não do consumidor. A ilustrar, colaciona-se, entre as ementas mais atuais:

> "Processual civil e administrativo. Fornecimento de água. Inviabilidade de suspensão do abastecimento na hipótese de débito pretérito. Irregularidade no hidrômetro. Ausência de comprovação. Súmula 7/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função da cobrança de débitos pretéritos. 2. É ilegítima a interrupção do serviço se o débito decorrer de irregularidade no hidrômetro ou no medidor de energia elétrica, apurada unilateralmente pela concessionária. 3. Desconstituir a premissa fática alicerçada pelo Tribunal de origem, de não ter havido comprovação suficiente de anomalia no medidor que caracterize real consumo de água da unidade pertencente à recorrida, demanda revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos (Súmula 7/STJ). 4. Agravo regimental não provido" (STJ – AgRg no Ag 1381452/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 26.04.2011 – *DJe* 04.05.2011).
>
> "Agravo regimental no agravo de instrumento. Ausência de prequestionamento. Suposta fraude no medidor de energia elétrica. Apuração unilateral da concessionária. Corte no fornecimento. Impossibilidade. Tema não prequestionado não autoriza a admissibilidade do recurso especial. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que é ilegítimo o corte no fornecimento de energia elétrica se o débito decorrer de suposta fraude no medidor de consumo de energia elétrica, apurada unilateralmente pela concessionária de serviço público. Agravo regimental improvido" (STJ – AgRg no Ag 1336503/RO – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – Segunda Turma – j. 08.02.2011 – *DJe* 24.02.2011).

Como *quarta declinação*, não se defere o corte quando consumidor está em situação excepcional de enfermidade, existindo, por exemplo, um tratamento médico domiciliar. Nesse contexto, "A interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento não configura descontinuidade da prestação do serviço público (Corte Especial, AgRg na SLS 216/RN, *DJU* 10.04.2006). Ressalvam-se apenas situações em que o corte de energia elétrica possa acarretar lesão irreversível à integridade física do usuário" (STJ – REsp 864.715/RS – Segunda Turma – Rel. Min. Castro Meira – j. 03.10.2006 – *DJ* 11.10.2006, p. 228).

Como *quinta ressalva*, concluiu-se que o corte do serviço somente pode atingir o imóvel que gerou o débito e não outros de propriedade do consumidor inadimplente. Assim concluindo:

> "Administrativo. Suspensão do fornecimento de energia elétrica. Quitação do débito em relação ao imóvel objeto do corte. Inadimplência em relação a outro imóvel de propriedade do recorrido. 1. A Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, prevê, nos incisos I e II do § 3º do art. 6º, duas hipóteses em que é legítima sua interrupção, em situação de emergência ou após prévio aviso: (a) por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; (b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. 2. Por ser a interrupção no fornecimento de energia elétrica medida excepcional, o art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/1995 deve ser interpretado restritivamente, de forma a permitir que o corte recaia apenas sobre o imóvel que originou o débito, e não sobre outros imóveis de propriedade do inadimplente. 3. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ – REsp 662.214/RS – Primeira Turma – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – j. 06.02.2007 – *DJ* 22.02.2007, p. 165).

Ato contínuo, a *sexta ressalva* se refere ao débito de consumo realizado por proprietário anterior, não se admitindo o corte do serviço essencial no tocante ao novo proprietário do imóvel. Assim, "No caso, independentemente da natureza da obrigação (se pessoal ou *propter rem*), não cabe a suspensão do fornecimento de água por se tratar de débito consolidado. Ou seja, o novo proprietário do imóvel está sendo privado do fornecimento em razão de dívida pretérita do antigo morador, hipótese que não encontra albergue na jurisprudência do STJ. Ambas as turmas da Primeira Seção concluíram que o art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/1995 refere-se ao inadimplemento do usuário,

ou seja, do efetivo consumidor do serviço. Inviável, portanto, responsabilizar o atual usuário por débito pretérito relativo ao consumo de água do anterior" (STJ – AgRg no Ag 1.107.257/RJ – Segunda Turma – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 16.06.2009 – *DJe* 01.07.2009).

Por derradeiro, como *sétima e última exceção*, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a ponderação de valores e de princípios constitucionais nas hipóteses envolvendo o corte de serviço essencial em relação à pessoa jurídica consumidora, havendo situações especiais. Assim são os casos relativos às pessoas jurídicas de Direito Público (*v. g.*, municípios) e pessoas jurídicas de Direito Privado que prestam serviços essenciais à coletividade (hospitais, creches, escolas, centros de saúde, pronto-socorros etc.). A tendência é de se afastar o corte em hipóteses tais, em prol da solidariedade social (art. 3º, inc. I, da CF/1988), conforme se depreende do seguinte julgado, publicado no *Informativo* 297 daquele Tribunal Superior:

> "Corte. Energia elétrica. Inadimplente. A Turma, ao prosseguir o julgamento, reafirmou que, diante do interesse da coletividade, o princípio da continuidade do serviço público (art. 22 do CDC) deve ser ponderado frente à possibilidade de interrupção do serviço quando, após aviso, haja a perpetuação da inadimplência do usuário. Asseverou que a jurisprudência deste Superior Tribunal proclama que, se diante da inadimplência de pessoa jurídica de direito público, deve-se preservar o fornecimento de eletricidade às unidades públicas provedoras de necessidades inadiáveis da comunidade (hospitais, pronto-socorros, centros de saúde, escolas e creches). Aduziu, também, em homenagem às ponderações feitas pelo Min. Herman Benjamin no seu voto-vista, que o entendimento, em excepcionais casos, deve ser abrandado se o corte puder causar lesões irreversíveis à integridade física do usuário, isso em razão da supremacia da cláusula de solidariedade prevista no art. 3º, I, da CF/1988. Precedentes citados: REsp 460.271-SP, *DJ* 21.02.2005; REsp 591.692-RJ, *DJ* 14.03.2005; REsp 615.705-PR, *DJ* 13.12.2004; e AgRg na SLS 216-RN, *DJ* 10.04.2006 (REsp 853.392-RS – Rel. Min. Castro Meira – j. 21.09.2006).

Consigne-se que a mesma premissa tem sido aplicada em julgados mais recentes da Corte (ver: STJ – AgRg nos EREsp 1003667/RS – Primeira Seção – Rel. Min. Luiz Fux – j. 23.06.2010 – *DJe* 25.08.2010; STJ – AgRg no REsp 1.046.236/PA – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 05.02.2009 – *DJe* 19.02.2009; STJ – AgRg na SS 1.764/PB – Corte Especial – Rel. Min. Barros Monteiro – Rel. p/Acórdão Min. Ari Pargendler – j. 27.11.2008 – *DJe* 16.03.2009). Na opinião do presente autor, o correto entendimento seria pela impossibilidade de corte em qualquer hipótese de inadimplemento, não havendo necessidade de se fazer as ressalvas apontadas.

A encerrar o presente tópico, não se olvide a introdução do art. 42-A do CDC pela Lei 12.039/2009. Enuncia o novo comando que, em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) do fornecedor do produto ou serviço correspondente. O novo preceito surgiu para afastar a falta de comunicação precisa e completa nos documentos de cobrança de dívidas, confeccionados muitas vezes em desrespeito ao dever de informar relativo à boa-fé objetiva. O objetivo, sem dúvidas, foi de evitar a prática de mais abusos por parte dos fornecedores e prestadores, tão comuns em nosso País.

7.5. A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NO CASO DE COBRANÇA ABUSIVA (ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC)

Para encerrar o presente capítulo, é preciso estudar a norma do art. 42, parágrafo único, da Lei

8.078/1990, outro dispositivo de grandes repercussões práticas na ótica consumerista. Estatui o texto legal que "O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável". Para que não paire qualquer dúvida sobre o tema, é preciso esclarecer o conteúdo do preceito e o seu real alcance.

A norma tem incidência nas hipóteses em que o consumidor é cobrado de indébito, havendo o pagamento da dívida indevida, a justificar a ação de repetição de indébito (*actio in rem verso*). Uma leitura apressada da norma pode trazer a conclusão de que a mera cobrança indevida é motivo para o pagamento em dobro do que está sendo cobrado. Todavia, como se nota, o dispositivo está tratando de *repetição*, o que, obviamente, exige o pagamento indevido. Como bem expõe Rizzatto Nunes, é necessário o preenchimento de dois requisitos para a subsunção da norma: *"a)* cobrança indevida; *b)* pagamento pelo consumidor do valor indevidamente cobrado".[25] Entende o jurista que tal cobrança pode ser judicial ou extrajudicial, corrente à qual não se filia o presente autor, com se verá a seguir.[26]

A *repetição em dobro* representa uma punição contra o fornecedor ou prestador, independente da prova de prejuízo para a sua aplicação. Por essa sua natureza, a repetição em dobro não afasta o direito de o consumidor pleitear outros prejuízos do pagamento do indevido, caso de danos materiais e morais, premissa retirada do princípio da reparação integral dos danos (art. 6º, inc. VI, do CDC). Como se nota, a punição introduzida pelo CDC é maior do que a tratada pelo Código Civil, uma vez que a repetição da norma geral privada somente abrange o valor da dívida paga acrescida de correção monetária e juros legais (arts. 876 e 884 do CC/2002).

Atente-se que um dos principais exemplos de aplicação do art. 42, parágrafo único, da Lei 8.078/1990 envolve a cobrança e pagamento indevida de tarifa de água e esgoto, quando o serviço não é efetivamente prestado. A ilustrar, "A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, inexistente rede de esgotamento sanitário, fica caracterizada a cobrança abusiva, sendo devida a repetição de indébito em dobro ao consumidor" (STJ – AgRg no REsp 1135528/RJ – Segunda Turma – Rel. Min. Humberto Martins – j. 02.09.2010 – *DJe* 22.09.2010).

Pois bem, a parte final do dispositivo consumerista em comento afasta o direito à repetição de indébito em dobro se houver *erro escusável*, ou seja, um erro justificável por parte do fornecedor ou prestador que faz a cobrança e recebe o pagamento. A expressão gera um grande debate jurisprudencial a respeito dos limites de incidência da norma. A polêmica repercute na necessidade de prova ou não da má-fé ou da culpa por parte do credor que faz a cobrança. Segundo o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, tal elemento faz-se necessário, conforme se extrai de três ementas a seguir transcritas, somente a título de ilustração:

> "Reclamação. Divergência entre acórdão de turma recursal estadual e a jurisprudência do STJ. Resolução STJ 12/2009. Consumidor. Devolução em dobro do indébito. Necessidade de demonstração da má-fé do credor. 1. A Corte Especial, apreciando questão de ordem levantada na Rcl 3752/GO, em atenção ao decidido nos EDcl no RE 571.572/BA (relatora a Min. Ellen Gracie), entendeu pela possibilidade de se ajuizar reclamação perante esta Corte com a finalidade de adequar as decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais estaduais à súmula ou jurisprudência dominante do STJ, de modo a evitar a manutenção de decisões conflitantes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional no âmbito do Judiciário. 2. A egrégia Segunda Seção desta Corte tem entendimento consolidado no sentido de que a repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não prescinde da demonstração da má-fé do credor. 3. Reclamação procedente" (STJ – Rcl 4.892/PR – Segunda Seção – Rel. Min. Raul Araújo – j. 27.04.2011 – *DJe* 11.05.2011).

"Consumidor. Repetição de indébito. Art. 42, parágrafo único, do CDC. Engano justificável. Não configuração. Devolução em dobro. Impossibilidade. 1. O STJ firmou a orientação de que tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição do fornecedor do produto na restituição em dobro. 2. O Tribunal de origem afastou a repetição em dobro dos valores cobrados indevidamente a título de tarifa de água e esgoto, por considerar que não se caracterizou má-fé ou culpa na conduta da concessionária. 3. Ademais, o Tribunal *a quo* consigna expressamente que não é o caso, porém, de devolução em dobro, porquanto justificável o engano da ré, principalmente diante da interpretação divergente da matéria. 4. Agravo regimental não provido" (STJ – AgRg no REsp 1201367/PR – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 15.03.2011 – *DJe* 25.04.2011).

"Agravo regimental. Repetição em dobro. Má-fé. Configuração. A devolução do indébito se faz em dobro, quando provada a má-fé de quem recebeu" (STJ – AgRg no REsp 734.111/PR – Terceira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 03.12.2007 – *DJ* 14.12.2007, p. 398).

Com o devido respeito, não se filia ao entendimento transcrito nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. A exigência de prova de má-fé ou culpa do credor representa a incidência de um modelo subjetivo de responsabilidade, totalmente distante do modelo objetivo adotado do CDC, que dispensa o elemento culposo. Do mesmo modo, criticando o entendimento jurisprudencial, leciona Claudia Lima Marques que "No sistema do CDC todo engano na cobrança de consumo é, em princípio injustificável, mesmo o baseado em cláusulas abusivas inseridas no contrato de adesão, *ex vi* o disposto no parágrafo único do CDC. Cabe ao fornecedor prova que seu engano na cobrança, no caso concreto, foi justificado".[27]

Insta relembrar que, mesmo para as relações civis puras, a exigência de que o erro seja justificável ou escusável está fora de ordem da contemporaneidade. A propósito dessa forma de pensar, repise-se que, na *I Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 12 CJF/STJ, prescrevendo que, "na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança". Lembre-se de que o art. 138 do CC/2002 trata do erro como vício do negócio jurídico, estabelecendo que "São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio". Ora, se a norma protege aquele que está em diligência normal, muito mais deve proteger aquele que não esteja. Também para a proteção dos despreparados e enganados é que existe o princípio da boa-fé objetiva.

Cumpre destacar que existem decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça que dispensam a prova da má-fé para a aplicação do art. 42, parágrafo único, do CDC; julgados que estão mais bem adaptados à principiologia consumerista:

"Administrativo. Ação de repetição de indébito. Fornecimento de esgoto. Cobrança indevida. Incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC. Devolução em dobro. Precedentes. 1. A cobrança indevida do serviço público de esgoto enseja a repetição de indébito em dobro ao consumidor, independentemente da existência, ou não, da má-fé do prestador do serviço. Incidência do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Precedentes: AgRg no REsp 1.119.647/RJ – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 23.02.2010 – *DJe* 04.03.2010; AgRg no REsp 1135528/RJ – Segunda Turma – Rel. Min. Humberto Martins – j. 02.09.2010 – *DJe* 22.09.2010; AgRg no REsp 927.279/RJ – Primeira Turma – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – j. 05.08.2010 – *DJe* 17.08.2010; RCDESP no Ag 1.208.099/RJ – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 14.09.2010 – *DJe* 30.09.2010. Agravo regimental improvido" (STJ – AgRg no REsp 1.212.378/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Humberto Martins – j. 08.02.2011 – *DJe* 18.02.2011).

Ato contínuo de estudo, anote-se que a jurisprudência superior dispensa a prova do erro nos contratos de abertura do crédito. Dispõe a Súmula 322 do STJ que, "Para a repetição de indébito,

nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige a prova do erro". Como se extrai de um dos precedentes que gerou a ementa sumulada, "A jurisprudência da Corte admite a repetição do indébito, independente da prova do erro, sob pena de enriquecimento indevido" (STJ – REsp 821357/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 23.08.2007 – *DJ* 01.02.2008, p. 478). Dessa forma, nos contratos bancários regidos pelo CDC, afasta-se a ressalva da parte final do art. 42, parágrafo único.

No que concerne ao prazo para a ação de repetição de indébito consumerista, houve grande debate recente na jurisprudência superior. Discutiu-se entre o prazo de prescrição de cinco anos (art. 27 do CDC) e o prazo geral de prescrição do Código Civil. O Superior Tribunal de Justiça acabou por concluir pela aplicação do último, por ser mais favorável ao consumidor vulnerável, editando a Súmula 412, *in verbis*: "A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil". A ementa representa clara aplicação da *teoria do diálogo das fontes*, pela escolha da norma mais favorável aos consumidores, mesmo estando ela fora do CDC, no caso, no Código Civil. Assim, merece o total apoio do presente autor.

Cabe ressaltar que um dos projetos de atualização do CDC visava a justamente essa regulamentação (PLS 283/2012), introduzindo o art. 27-A na Lei Consumerista, estabelecendo que, quando não houvesse tratamento específico a respeito de lapso temporal, dever-se-ia aplicar o prazo de dez anos. Porém, infelizmente, a citada proposição foi retirada no seu trâmite legislativo inicial, cabendo à doutrina e à jurisprudência apontar quais os casos de aplicação do prazo geral de dez anos estabelecido no Código Civil de 2002, em *diálogo das fontes*.

Em matéria de direito intertemporal, para os fatos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916 aplica-se o prazo geral de vinte anos para as ações pessoais (art. 177 do CC/1916). Para os eventos ocorridos na vigência do Código Civil de 2002 – após 11 de janeiro de 2003 –, subsume-se o prazo de dez anos (art. 205 do CC/2002). Trazendo tal esclarecimento, entre os julgados mais recentes:

> "Processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Repetição de valores. Serviços de fornecimento de água e esgoto. Ausência de rede para o despejo. Ilicitude da tarifa cobrada. Restituição em dobro. Cabimento. Art. 42, parágrafo único, do CDC. Precedentes. Aplicação do prazo prescricional previsto no art. 205 do Código Civil. Precedentes. 1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, da relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 15.09.2009, submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, firmou entendimento de que a ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto se sujeita ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil, podendo ser vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui firme jurisprudência no sentido de não configurar erro justificável a cobrança de tarifa de água e esgoto por serviço que não foi prestado pela concessionária de serviço público, razão pela qual os valores indevidamente cobrados do usuário devem ser restituídos em dobro, conforme determina o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes: AgRg no REsp 1.119.647/RJ – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – *DJe* 04.03.2010; AgRg no REsp 1117014/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Humberto Martins – *DJe* 19.02.2010; REsp 821.634/RJ – Primeira Turma – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – *DJe* 23.04.2008; REsp 817.733/RJ – Rel. Min. Castro Meira – *DJ* 25.05.2007. 3. Agravo regimental não provido" (STJ – AgRg no Ag 1303241/RJ – Primeira Turma – Rel. Min. Benedito Gonçalves – j. 17.03.2011 – *DJe* 22.03.2011).

Por derradeiro, é preciso confrontar o art. 42, parágrafo único, do CDC, com o disposto nos arts. 939, 940 e 941 do Código Civil de 2002, na *linha dialogal* e *interdisciplinar* que inspira esta obra.

Enuncia o art. 939 do CC/2002 que "o credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida,

fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro". Pelo art. 940 do CC/2002, "aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição". Como se percebe, o primeiro dispositivo transcrito trata de caso em que o credor se precipita por uma ação judicial, respondendo perante o devedor pelas custas do processo em dobro. No segundo caso, condena-se o credor por cobrar judicialmente dívida já paga. Pela leitura dos comandos, constata-se que eles tratam de situações diferentes, em que há ação judicial proposta pelo credor. Como se viu, o art. 42, parágrafo único, do CDC consagra hipótese em que há cobrança e pagamento de indébito.

Em complemento, preconiza o art. 941 do CC/2002 que "As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, *salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido*". Trata-se de uma *última chance* dada ao credor, a fim de evitar a sua responsabilidade. A parte final do comando, ora destacada, não constava do art. 1.532 do CC/1916, seu correspondente. Esse destaque é fundamental diante de uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial importante que existe no sistema privado, com relação direta ao que aqui foi exposto. A respeito do art. 941 do CC/2002, são pertinentes os esclarecimentos de Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, que participaram da assessoria do Deputado Fiuza na elaboração final do vigente Código Civil:

> "O acréscimo da cláusula final, ao que parece, espanca a controvérsia anteriormente existente no que tange à necessidade de se provar o dolo ou a má-fé do autor da ação e ainda o prejuízo sofrido pelo réu, para que sejam aplicadas as penas dos arts. 939 e 940, conforme vinha se firmando a jurisprudência dominante. Esses dispositivos, na verdade, apenas prefixam o valor da indenização decorrente da prática de um ato ilícito, consistente na cobrança indevida de dívida que ainda não se venceu ou que já foi paga. Essa responsabilidade do autor da ação é subjetiva, fundada na culpa em sentido amplo, que tanto engloba o dolo, como a culpa em sentido estrito. Assim, para a aplicação pura e simples dos arts. 939 e 940, não há necessidade de se provar o dolo do autor da ação, nem muito menos o prejuízo do réu, evidente e manifesto nesses casos, até mesmo sob o aspecto moral, sendo suficiente a prova da culpa estrita (negligência, imprudência ou imperícia). Entretanto, para cumulação dessas sanções com a indenização ampla, por perdas e danos, é imprescindível a comprovação do prejuízo efetivamente sofrido".[28]

Na opinião deste autor, com a propositura da demanda, nos termos do art. 940 do CC, presume-se a conduta maliciosa do agente. Mas, por uma questão lógica, a responsabilidade do credor não deve ser tida como a subjetiva, mas objetiva quando a ação é proposta (Enunciado n. 37, CJF/STJ). Desse modo, parece estar superada a Súmula 159 do STF, pela qual: "a cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil" (art. 940 do CC/2002). Consigne-se que a ementa é do remoto ano de 1963.

Três argumentos guiam tal conclusão, superando o modelo subjetivo adotado pela antiga jurisprudência superior. *Primeiro*, porque o credor assume um risco quando promove a demanda. *Segundo*, porque é flagrante o seu abuso de direito, nos termos do art. 187 do CC/2002, pois promove lide temerária, violando a boa-fé objetiva. Consigne-se que a doutrina contemporânea mais atenta tem feito essa relação.[29] *Terceiro*, pois pode estar configurada a relação de consumo em casos tais, o que também faz gerar a responsabilidade sem culpa, conforme entende a jurisprudência, pelo *diálogo das fontes:*

> "Apelação. Indenização. Cobrança indevida. Repetição de indébito. Aplicabilidade do CDC em detrimento do art. 940, do

Código Civil. Perfeito enquadramento das partes no conceito de consumidora e fornecedora. Concessionária de Serviço Público presta serviço tarifado e de utilização facultativa, constituindo relação do consumo, consoante precedentes do STJ. Responsabilidade objetiva pela prestação de serviço defeituoso e abuso do direito de cobrança. Repetição de indébito plausível, nos termos do art. 42, parágrafo único do CDC. Sentença mantida integralmente. Recurso improvido" (TJSP – Apelação 7288401-4 – Acórdão 3400644, São Paulo – Trigésima Sétima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Eduardo Almeida Prado Rocha de Siqueira – j. 26.11.2008 – *DJESP* 09.01.2009).

Na verdade, o presente autor entende que os arts. 939 e 940 do CC/2002 têm incidência para as relações de consumo quando o consumidor é demandado judicialmente sem justo motivo. Assim, conclui-se que o art. 42, parágrafo único, do CDC trata apenas da cobrança extrajudicial e posterior pagamento do indébito. A diferença é que a responsabilidade do demandante deve ser tida como objetiva, como, aliás, o deve ser pelo CC/2002.

Busca-se, assim, mais uma *complementaridade* entre os dois preceitos legislativos. Desse modo, os arts. 939 e 940 do CC/2002 incidem nas relações de consumo, porém gerando a *responsabilidade objetiva do abusador*. Como exposto exaustivamente nesta obra, o CDC adota um modelo objetivo de responsabilização, independentemente de culpa, em especial quando a boa-fé objetiva é quebrada.

1 LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 499.

2 DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942-1945], 1979. v. 1, p. 368-369.

3 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 318.

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1 p. 672.

5 LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 45.

6 Vejamos as fontes: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 371-372; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209; DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (Coord.). São Paulo: Manole, 2007. p. 124; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 448; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 208-209; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 479; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 143; BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 135-143; JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 125; TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado segundo a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 342; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 118-119; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 255.

7 MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; e CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 203.

8 Tal e qual é a conclusão de Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 787).

9 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 497.

10 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 764.

11 Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/dpe_respostas.asp?id=16&resposta=6>. Acesso em: 19 maio 2011.

12 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 765.

13 MARQUES, Claudia; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 765.

14 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1: Parte Geral. p. 431.

15 MARQUES, Claudia; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 765.

16 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 504-505.

17 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 506.

18 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *Código Brasileiro de Direito do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 381.

19 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 265.

20 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 265.

21 CASTRO, João Paulo Rodrigues de. Cobrança coativa em casas noturnas: exercício arbitrário das próprias razões. Como sair da boate sem pagar e sem apanhar? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3188, 24 mar. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21352>. Acesso em: 25 mar. 2012.

22 RIZZATTO NUNES. Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 332-333.

23 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 544-546.

24 NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme F. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 835.

25 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 522.

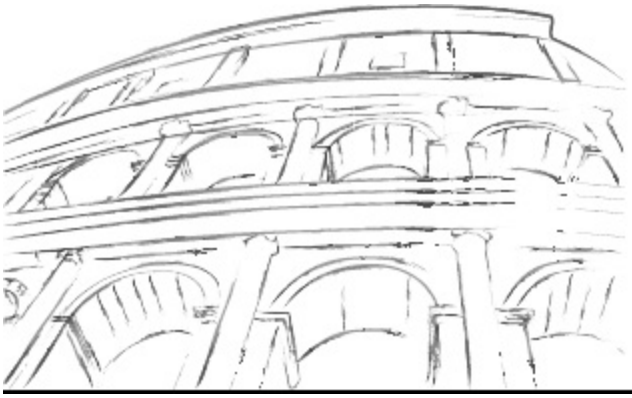
26 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 524.

27 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do*

Consumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 805.

28 ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 407.

29 GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 783-785.



8

BANCO DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDORES

Sumário: 8.1. A natureza jurídica dos bancos de dados e cadastros e sua importante aplicabilidade social. Diferenças entre as categorias – 8.2. O conteúdo dos arts. 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor e seus efeitos. A intepretação jurisprudencial: 8.2.1. A inscrição ou registro do nome dos consumidores; 8.2.2. A retificação ou correção dos dados; 8.2.3. O cancelamento da inscrição; 8.2.4. A reparação dos danos nos casos de inscrição indevida do nome do devedor. Crítica à Súmula 385 do STJ. Prazo para se pleitear a reparação; 8.2.5. O cadastro de fornecedores e prestadores e o alcance do art. 44 da Lei 8.078/1990 – 8.3. O cadastro positivo. Breve análise da Lei 12.414, de 9 de junho de 2011.

8.1. A NATUREZA JURÍDICA DOS BANCOS DE DADOS E CADASTROS E SUA IMPORTANTE APLICABILIDADE SOCIAL. DIFERENÇAS ENTRE AS CATEGORIAS

Os bancos de dados e cadastros de consumidores assumem atualmente no Brasil um papel social indiscutível, sendo institutos de grande aplicabilidade no contexto nacional. Como é notório, o *brasileiro médio* deixou de ser um poupador e passou a ser alguém dependente de crédito no mercado, algo como um *homo creditus*.[1] Essa tendência desenfreada é um dos fatores a gerar o *superendividamento*, outrora apontado na presente obra. Na esteira da doutrina, utiliza-se o termo *arquivos de consumo* em sentido amplo ou como gênero, do qual são espécies os *bancos de dados* e *cadastros de consumidores*.[2]

Além das previsões constantes dos arts. 43 e 44 da Lei 8.078/1990, os cadastros e bancos de dados ganharam incidência em outros campos, como é o caso do Direito de Família, surgindo julgados admitindo a inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros negativos (ver: TJSP – Agravo 990.10.152783-9/50000 – Acórdão 4653433, São Paulo – Terceira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Adilson de Andrade – j. 17.08.2010 – *DJESP* 09.09.2010; e TJSP – Agravo 990.10.088682-7/50000 – Acórdão 4525237, São Paulo – Terceira Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Egidio Giacóia – j. 25.05.2010 – *DJESP* 12.07.2010). Consigne-se a existência de provimentos dos Tribunais Estaduais regulamentando a inscrição, caso dos Tribunais de Justiça de Pernambuco e de Goiás.

Como bem aponta o Desembargador do Tribunal Paulista Caetano Lagrasta Neto, um dos precursores da tese: "A insatisfação do credor, em geral filhos menores, ante a utilização de expedientes processuais colocados à disposição do devedor, com prejuízo aos princípios da rapidez e economia processuais, impedem o regular acesso a uma ordem jurídica justa, ante a reiteração dos recursos, ao demonstrar a inviabilidade da ameaça à prisão (art. 733 do CPC) e forrar-se o devedor ao pagamento durante anos, com prejuízo à subsistência da família. Ao cabo, enfatiza-se a necessidade de cadastrar e dificultar movimentação do devedor de alimentos, equiparando-o a qualquer devedor da esfera cível".[3] Para ele, o fundamento constitucional de tal possibilidade está no art. 6º da Constituição Federal, que faz menção ao direito social e fundamental aos alimentos, por força da Emenda Constitucional 64. O magistrado idealizou projeto de lei sobre a possibilidade de inscrição, em conjunto com Silvânio Covas, superintendente jurídico do SERASA. A proposição foi apresentada pelo Senador Eduardo Suplicy, por meio do Projeto de Lei 405/2008, no momento em trâmite no Congresso Nacional.

Os bancos de dados e cadastros dos consumidores lidam com um dos mais importantes direitos da personalidade, qual seja o *nome*, sinal que representa a pessoa perante o meio social. Na perspectiva de ampla proteção, o art. 16 do CC/2002 enuncia que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Ato contínuo, determina a lei civil que o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória (art. 17 do CC/2002). Em casos de desrespeito a tal preceito, cabem os mecanismos tratados pelo art. 12 da norma geral civil, incidindo os princípios da *prevenção* e da *reparação integral de danos*. Para a *prevenção*, cabem as medidas de tutela específica consagradas pelo art. 461 do CPC, caso da fixação da multa ou *astreintes*. Para a *ampla reparação*, possível a ação de indenização por todos os danos materiais e imateriais sofridos. O caminho, pela Lei Consumerista, é exatamente o mesmo, pela incidência dos seus arts. 84 – para a prevenção – e 6º, inc. VI – para a reparação integral.

Na perspectiva civil-constitucional, não se olvide a proteção constitucional da imagem, que tem relação direta com o amparo do nome, diante da construção jurídica da *imagem-atributo*. Como bem aponta Maria Helena Diniz, essa "é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivadas pela pessoa reconhecidos socialmente (CF/88, art. 5º, V), como a habilidade, competência, lealdade, pontualidade etc. Abrange o direito: à própria imagem, ao uso ou à difusão da imagem; à imagem das coisas próprias e à imagem em coisas, palavras ou escritos em publicações; de obter imagem ou de consentir em sua captação por qualquer meio tecnológico".[4] Além do comando citado pela doutrinadora, a proteção do nome do indivíduo esteia-se no preceito do art. 5º, inc. X, do Texto Maior, segundo o qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Por fim, não se pode esquecer da *cláusula geral da tutela da pessoa humana*, retirada do art. 1º, inc. III, da Constituição da República. Nos termos do Enunciado n. 274 CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, os direitos da personalidade, tratados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões dessa ampla cláusula geral.

Por outra via de conflito, deve ficar claro que a divulgação das informações à coletividade, do mesmo modo, está amparada em preceitos constitucionais, notadamente no direito à informação e à liberdade (art. 5º, inc. IV, IX e XIV). Diante dessa realidade, muitos dos problemas relativos à

divulgação de dados dos consumidores devem ser resolvidos sob a perspectiva da ponderação de direitos, valores e princípios, tema muito bem desenvolvido por Robert Alexy.[5]

No que concerne à natureza jurídica dos cadastros e bancos de dados, é claro o art. 43, § 4º, da Norma Protetiva no sentido de que são considerados entidades de caráter público. Como se extrai da obra conjunta de Cláudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, apesar dessa natureza pública, podem os cadastros em sentido amplo ser mantidos por entidades públicas (BACEN/CADIN) ou privadas (SPC), chamadas de *arquivista*s.[6] Além de toda a exposição acima demonstrada, amparada na proteção da pessoa humana e das informações, a natureza pública está justificada pelo *princípio do protecionismo*, retirado do art. 1º da Lei 8.078/1990. Em reforço, como observa Renato Afonso Gonçalves, em sua dissertação de mestrado defendida na PUC-SP, "O 'caráter público' constitucional, cujo sentido acompanhou o CDC (§ 4º, art. 43), advém da gênese dos órgãos que manipulam as informações, de sua própria essência. Ora, a garantia constitucional do *habeas data*, como veremos em capítulo próprio, em perfeita consonância com o art. 1º, II e III, e art. 5º, X, da Constituição Federal, tem o condão de salvaguardar para o cidadão suas informações pessoais, ou melhor, as informações relativas à sua pessoa (impetrante). Como as demais garantias constitucionais, visa proteger o cidadão contra o Estado atuando na esfera das liberdades públicas".[7]

Feitos tais esclarecimentos, é preciso traçar as diferenças existentes entre as construções jurídicas dos *bancos de dados* e *cadastros de consumidores*. Da tese de doutoramento de Antônio Carlos Efing, também defendida na PUCSP, podem ser retirados sete critérios de distinção, expostos no *quadro-resumo* a seguir:[8]

I) Diferenciação quanto à forma de coleta dos dados armazenados: a) Banco de dados – têm caráter aleatório, sendo o seu objetivo propiciar a máxima quantidade de coletas de dados. Não há um interesse particularizado. b) Cadastro de consumidores – o consumidor tem necessariamente uma relação jurídica estabelecida com o arquivista (*especificidade subjetiva*). Assim sendo, não há um caráter aleatório na coleta das informações, mas sim um interesse particularizado.
II) Diferenciação quanto à organização dos dados armazenados: a) Bancos de dados – as informações têm uma *organização mediata*, pois visam a uma utilização futura, ainda não concretizada. b) Cadastro de consumidores – as informações têm uma *organização imediata*, qual seja a relação jurídica estabelecida entre o arquivista dos dados e o consumidor.
III) Diferenciação quanto à continuidade da coletiva e da divulgação: a) Bancos de dados – como são aleatórios, há a necessidade de sua conservação permanente, no máximo de tempo possível. b) Cadastro de consumidores – como não há interesse por parte do fornecedor em manter o cadastro do consumidor que com ele não tem relação jurídica, o cadastro tende a não ser contínuo.
IV) Diferenciação quanto à existência de requerimento do cadastramento:

a) Banco de dados – não há consentimento do consumidor, que, muitas vezes, sequer tem conhecimento do registro.

b) Cadastro de consumidores – há consentimento por parte dos consumidores e, algumas situações, presente está o seu requerimento de abertura dos dados ao arquivista.

V) Diferenciação quanto à extensão dos dados postos à disposição:

a) Banco de dados – como há o objetivo de transmissão de informações a terceiros, é proibido o juízo de valor em relação ao consumidor. Existem apenas dados objetivos e não valorativos.

b) Cadastro de consumidores – é possível a presença de juízo de valor sobre o consumidor, com informações internas para orientação exclusivamente dos negócios jurídicos do arquivista.

VI) Diferenciação quanto à função das informações obtidas:

a) Banco de dados – não apresentam a finalidade de utilização subsidiária. As informações constituem o conteúdo fundamental da existência do banco de dados.

b) Cadastro de consumidores – os dados são utilizados com a finalidade de controle interno sobre as possibilidades de realização de negócios jurídicos por parte do fornecedor-arquivista (utilização subsidiária).

VII) Diferenciação quanto ao alcance da divulgação das informações:

a) Banco de dados – a divulgação é externa e continuada a terceiros, sendo essa a sua principal finalidade social.

b) Cadastro de consumidores – a divulgação é apenas interna, no interesse subjetivo do fornecedor-arquivista.

A partir das sete diferenciações apontadas, é possível exemplificar, no plano concreto, quais são as situações envolvendo as duas categorias. De início, há bancos de dados nos *cadastros negativos* do SERASA – empresa privada originalmente ligada aos bancos – e do SPC – serviço de proteção ao crédito de associações de comerciantes. Tais cadastros são os que têm a maior efetividade prática no Brasil, na linha do exposto no início deste capítulo, almejando a prestação de informações à coletividade, ao mercado de consumo.

Por outro lado, presentes estão os cadastros de consumidores na coleta de dados particularizados no interesse de fornecedores ou prestadores, como nos programas internos de pontuação das empresas em geral. Repise-se que tais cadastros não visam a negativação do nome do consumidor com o fim de informação ao público, mas apenas o incremento das atividades e negócios das empresas.

Feitos tais esclarecimentos iniciais, fundamentais para a compreensão da matéria, vejamos as consequências do conteúdo dos arts. 43 e 44 da Lei 8.078/1990.

8.2. O CONTEÚDO DOS ARTS. 43 E 44 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SEUS EFEITOS. A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Do art. 43 da Lei 8.078/1990 podem ser extraídas três situações concretas relativas aos dados dos consumidores: *a)* a inscrição ou registro; *b)* a retificação ou correção das informações; *c)* o cancelamento da inscrição. Em todas as hipóteses citadas, diante dos princípios da transparência e da confiança, o consumidor terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes (art. 43, *caput*). Ademais, os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão (art. 43, § 1º). Vejamos, pontualmente, as interpretações relativas às três situações descritas, notadamente a que vem sendo dada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhada das devidas críticas.

8.2.1. A inscrição ou registro do nome dos consumidores

Enuncia o § 2° do art. 43 do CDC que a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. A par desse comando, no que interessa aos *cadastros negativos*, Rizzatto Nunes demonstra os requisitos para a negativação do nome do consumidor, a saber: *a)* existência da dívida; *b)* vencimento da dívida; *c)* a dívida há de ser liquida (certa quanto à existência, determinada quanto ao valor); *d)* não pode haver oposição por parte do consumidor em relação à dívida.[9] Apesar da exposição do último elemento, como se verá, a jurisprudência superior tem entendido que a simples oposição pelo consumidor não é motivo para a não inscrição.

A respeito da comunicação da inscrição, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 359, *in verbis*: "Cabe ao órgão que mantém o cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição". A ementa representa correta aplicação dos preceitos consumeristas, em prol da boa-fé objetiva. Como se extrai de um dos precedentes que gerou a súmula, "A comunicação sobre a inscrição nos registros de proteção ao crédito é obrigação do órgão responsável pela manutenção do cadastro, e não do credor" (STJ – AgRg no REsp 617801/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 09.05.2006 – *DJ* 29.05.2006, p. 231). Em outro precedente, constata-se que a falta dessa comunicação pode gerar o direito do consumidor à indenização pelos danos morais sofridos (STJ – REsp 442.483/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Barros Monteiro – j. 05.09.2002 – *DJ* 12.05.2003, p. 306).

Apesar da interessante amplitude da ementa, perfeita do ponto de vista teórico e prático, outra súmula do STJ, mais recente, diminuiu o seu alcance, merecendo uma crítica contundente e cortante. Dispõe a Súmula 404 do Superior Tribunal de Justiça que é dispensável o aviso de recebimento (A.R.) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação. Desse modo, basta ao órgão que mantém o cadastro comprovar que enviou a comunicação por carta ao endereço do devedor fornecido, não havendo necessidade de ser evidenciado que o último foi efetivamente comunicado. Nesse sentido, vejamos duas decisões que geraram a citada súmula:

> "Processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. Notificação. Comprovação. Art. 43, § 2º, CDC. 1. Aplica-se a Súmula 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 2. A responsabilidade pela comunicação ao devedor de que trata o art. 43, § 2º, do CDC, objetivando a inscrição no cadastro de inadimplentes, se consuma com a notificação enviada via postal. 3. Não há exigência legal de que a comunicação de que trata o art. 43, § 2º, do CDC deva ser feita com aviso de recebimento. 4. Agravo regimental desprovido" (STJ – AgRg no Ag 1.036.919/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. João Otávio

de Noronha – j. 07.10.2008 – *DJe* 03.11.2008).

"Inscrição. Cadastro de proteção ao crédito. Notificação. Endereço. 1. O órgão de proteção ao crédito tem o dever de notificar previamente o devedor a respeito da inscrição promovida pelo credor (art. 43, § 2º, CDC). 2. A notificação deve ser enviada ao endereço fornecido pelo credor. 3. Não comete ato ilícito o órgão de proteção ao crédito que envia a notificação ao devedor no endereço fornecido pelo credor" (STJ – REsp 893.069/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 23.10.2007 – *DJ* 31.10.2007, p. 331).

Com o devido respeito, trata-se de um verdadeiro ultraje ao conceito de boa-fé objetiva, a tirar parte da eficácia da Súmula 359 do próprio Tribunal da Cidadania. Por óbvio, diante de um sistema de inversão do ônus da prova, existente a favor do consumidor, no Código de Defesa do Consumidor, deveria o órgão que mantém o cadastro provar que houve a cientificação concreta do consumidor, o que não é acompanhado pela lamentável Súmula 404, que deveria ser cancelada. A boa-fé objetiva deve ser tida como concreta e efetiva e não baseada em mera ficção ou suposição, como era no passado, o que demonstra que um marco evolutivo do Direito Privado não foi acompanhado pela Súmula 404 do STJ.

8.2.2. A retificação ou correção dos dados

No que concerne à retificação ou reparo, estatui o § 3º do art. 43 que o consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção. Em casos tais, deve o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas, caso dos credores da dívida nas hipóteses de negativação. O prazo é exíguo para evitar maiores danos aos direitos da personalidade do consumidor.

Em acórdão de 2012, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que esse prazo de cinco dias úteis deve ser aplicado para o dever do credor de retirar o nome do devedor de cadastro negativo. O prazo é contado da quitação, representando aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pós-contratual. Vejamos a publicação desse importante julgado no *Informativo 501* da Corte Superior:

"Cadastro de inadimplentes. Baixa da inscrição. Responsabilidade. Prazo. O credor é responsável pelo pedido de baixa da inscrição do devedor em cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, contados da efetiva quitação do débito, sob pena de incorrer em negligência e consequente responsabilização por danos morais. Isso porque o credor tem o dever de manter os cadastros dos serviços de proteção ao crédito atualizados. Quanto ao prazo, a Min. Relatora definiu-o pela aplicação analógica do art. 43, § 3º, do CDC, segundo o qual o consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. O termo inicial para a contagem do prazo para baixa no registro deverá ser do efetivo pagamento da dívida. Assim, as quitações realizadas mediante cheque, boleto bancário, transferência interbancária, ou outro meio sujeito a confirmação, dependerão do efetivo ingresso do numerário na esfera de disponibilidade do credor. A Min. Relatora ressalvou a possibilidade de estipulação de outro prazo entre as partes, desde que não seja abusivo, especialmente por tratar-se de contratos de adesão. Precedentes citados: REsp 255.269-PR, *DJ* 16.04.2001; REsp 437.234-PB, *DJ* 29.09.2003; AgRg no Ag 1.094.459-SP, *DJe* 1º.06.2009, e AgRg no REsp 957.880-SP, *DJe* 14.03.2012" (STJ – REsp 1.149.998/ES – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 07.08.2012).

Cabe aqui trazer algumas palavras a respeito da retirada do nome do devedor de cadastro de inadimplentes em casos de ação proposta pelo consumidor-devedor, para revisão ou discussão da dívida. Na linha das palavras de Rizzatto Nunes, acima transcritas, a jurisprudência superior entendia que a mera contestação do consumidor-devedor, por meio da propositura de demanda, já era motivo para a medida de retificação temporária. Por todas as ementas anteriores, veja-se: "Processo

civil. Recurso especial. Agravo regimental. Contrato bancário. Retirada do nome do devedor dos cadastros de restrição ao crédito. Obrigação de fazer. Descumprimento. Cominação de multa. Possibilidade. Valor da multa. Matéria fática. Súmula 7/STJ. Desprovimento. 1. A jurisprudência do STJ entende que a fixação de multa para o caso de descumprimento de decisão judicial, expressa no dever da instituição financeira de proceder à retirada do nome do devedor de cadastros de proteção ao crédito, encontra previsão no art. 461, §§ 3° e 4°, do CPC, haja vista a decisão se fundar em uma obrigação de fazer. Precedentes. 2. A discussão sobre o valor da multa implica reexame de matéria fático-probatória, hipótese que atrai a aplicação da Súmula 7/STJ. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido" (STJ – AgRg no REsp 681.080/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 05.10.2006 – *DJ* 20.11.2006, p. 314).

Entretanto, houve uma lamentável reviravolta na jurisprudência superior. Em notório julgamento de incidente de recursos repetitivos, relativo à revisão de contratos bancários, consolidou-se o entendimento no STJ no sentido de que, para a retirada do nome do devedor do cadastro, é necessário o depósito da parte incontroversa da obrigação, ou prestação de caução. Além disso, o devedor necessita comprovar a verossimilhança de suas alegações com base na jurisprudência superior, a fim de obter a decisão temporária de retirada do cadastro, por meio de tutela antecipada, ou liminar em cautelar. Transcreve-se a longa ementa na íntegra, para as devidas reflexões:

> "Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Configuração da mora. Juros moratórios. Inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes. Disposições de ofício. Delimitação do julgamento. Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado. Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes; e v) disposições de ofício. Preliminar: O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01. I. Julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade. Orientação 1: Juros remuneratórios. a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/1933), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/2002; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto. Orientação 2: Configuração da mora. a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora; b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual. Orientação 3: Juros moratórios. Nos contratos bancários, não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês. Orientação 4: Inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes. a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção. Orientação 5: Disposições de ofício. É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC,

sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão. II. Julgamento do recurso representativo (REsp 1.061.530/RS). A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido. Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese. Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor. Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente; e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida. Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido. Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea "a" do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício. Ônus sucumbenciais redistribuídos" (STJ – REsp 1061530/RS – Segunda Seção – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 22.10.2008 – *DJe* 10.03.2009).

Cumpre destacar que, do julgamento, surgiram quatro súmulas do STJ a respeito da matéria: "A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade" (Súmula 382); "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas" (Súmula 381); "A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor" (Súmula 380); "Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês" (Súmula 379). Sem prejuízo de outras críticas aqui antes demonstradas, as ementas transcritas representam um excesso de proteção das entidades bancárias em detrimento dos consumidores, demonstrando um retrocesso do Tribunal Superior a respeito desses temas correlatos.

Relativamente à retirada do nome do devedor do cadastro, o retrocesso, do mesmo modo, é flagrante. Pela leitura do resumo do julgamento, constata-se que a jurisprudência exige uma soma de elementos que, por muitas vezes, é inalcançável (ação judicial de questionamento do débito + demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ + depósito da parcela incontroversa ou prestação de caução pelo juiz).

No que tange ao depósito da parte incontroversa, a questão passou a ser tratada pelo Código de Processo Civil, tendo sido inserido o art. 285-B no Estatuto Processual, pela Lei 12.810/2013. De acordo com o novel dispositivo, nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso. Ademais, o valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados. Em complemento, conforme o seu § 2º, incluído sucessivamente pela Lei 12.873/2013, o devedor ou arrendatário não se exime da obrigação de pagamento dos tributos, multas e taxas incidentes sobre os bens vinculados e de outros encargos previstos em contrato. Isso, exceto se a obrigação de pagar não for de sua responsabilidade, conforme contrato, ou for objeto de suspensão em medida liminar, em medida cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela.

A ilustrar mais recentemente a exigência de tais requisitos para a retirada do nome do devedor em cadastros negativos, o STJ deduziu que "é lícita a inscrição dos nomes de consumidores em cadastros de proteção ao crédito por conta da existência de débitos discutidos judicialmente em

processos de busca e apreensão, cobrança ordinária, concordata, despejo por falta de pagamento, embargos, execução fiscal, falência ou execução comum na hipótese em que os dados referentes às disputas judiciais sejam públicos e, além disso, tenham sido repassados pelos próprios cartórios de distribuição de processos judiciais às entidades detentoras dos cadastros por meio de convênios firmados com o Poder Judiciário de cada estado da Federação, sem qualquer intervenção dos credores litigantes ou de qualquer fonte privada. Os dados referentes a processos judiciais que não corram em segredo de justiça são informações públicas nos termos dos art. 5º, XXXIII e LX, da CF, visto que publicadas na imprensa oficial, portanto de acesso a qualquer interessado, mediante pedido de certidão, conforme autoriza o parágrafo único do art. 155 do CPC. Sendo, portanto, dados públicos, as entidades detentoras de cadastros de proteção ao crédito não podem ser impedidas de fornecê-los aos seus associados, sob pena de grave afronta ao Estado Democrático de Direito, que prima, como regra, pela publicidade dos atos processuais. Deve-se destacar, nesse contexto, que o princípio da publicidade processual existe para permitir a todos o acesso aos atos do processo, exatamente como meio de dar transparência à atividade jurisdicional. Além disso, o fato de as entidades detentoras dos cadastros fornecerem aos seus associados informações processuais representa medida menos burocrática e mais econômica tanto para os associados, que não precisarão se dirigir, a cada novo negócio jurídico, ao distribuidor forense para pedir uma certidão em nome daquele com quem se negociará, quanto para o próprio Poder Judiciário, que emitirá um número menor de certidões de distribuição, o que implicará menor sobrecarga aos funcionários responsáveis pela tarefa. O STJ, ademais, tem o entendimento pacificado de que a simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstaculizar ou remover a negativação de devedor em banco de dados. Por fim, ressalve-se que, em se tratando de inscrição decorrente de dados públicos, como os de cartórios de protesto de títulos ou de distribuição de processos judiciais, sequer se exige a prévia comunicação do consumidor. Consequentemente, a ausência de precedente comunicação nesses casos não enseja dano moral. Precedente citado: REsp 866.198/SP, Terceira Turma, *DJe* 5/2/2007" (STJ – REsp 1.148.179/MG – Rel. Min. Nancy Andrigui – j. 26.02.2013).

Em suma, na opinião deste autor, a soma de tais requisitos afasta-se da ampla tutela esperada em benefício do consumidor, tornando praticamente impossível a revisão de negócios abusivos e a retirada do nome do devedor do cadastro negativo em muitos casos concretos.

8.2.3. O cancelamento da inscrição

Quanto ao cancelamento da inscrição no banco de dados ou cadastro, o § 1° do art. 43 do CDC determina em sua parte final que não podem os cadastros conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. Em outras palavras, após cinco anos da inscrição ocorrerá a sua caducidade, sendo o referido prazo de natureza decadencial do direito potestativo de inscrição. Em complemento ao dispositivo legal, o teor da Súmula 323 do Superior Tribunal de Justiça, de 2009, a saber: "A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução".

A menção à prescrição ao final da ementa sumular representa incidência do § 5° do art. 43, segundo o qual, consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos sistemas de proteção ao crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. Desse modo, havendo

prescrição do débito correspondente, o nome do devedor deve ser retirado imediatamente do cadastro, sob as penas da lei. Se o prazo prescricional do débito for maior do que os cinco anos, mesmo assim deve ocorrer o cancelamento, pelo respeito ao *teto temporal quinquenal* estabelecido na norma consumerista em prol dos vulneráveis negociais.

De toda sorte, conforme reconhece a jurisprudência superior nos precedentes que geraram a última súmula, "O prazo prescricional referido no art. 43, § 5º, do CDC, é o da ação de cobrança, não o da ação executiva" (STJ – REsp 676.678/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 18.11.2004 – *DJ* 06.12.2004, p. 338; STJ – REsp 631.451/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 26.08.2004 – *DJ* 16.11.2004, p. 278). A fim de esclarecer, a título ilustrativo, o prazo prescricional para a execução de um cheque é de seis meses após a sua apresentação (art. 59 da Lei do Cheque, Lei 7.357/1985). Todavia, mesmo sendo um título de crédito abstrato, o cheque pode estar estribado em um instrumento público ou particular de confissão de dívida que encerra uma obrigação líquida, sujeito a um prazo prescricional de cobrança de cinco anos, que vale para fins de interpretação do comando consumerista (art. 206, § 5º, inc. I, do CC/2002). Esclareça-se, para os devidos fins, que o prazo prescricional de três anos, previsto na codificação privada para a cobrança de valores constantes em títulos de crédito, somente tem incidência para os títulos atípicos, aqueles sem tratamento legal específico (arts. 206, § 3º, inc. VIII e 903 do CC/2002). De toda sorte, há julgados que aplicam o último prazo, por ser mais favorável ao consumidor:

> "Sistema de proteção ao crédito. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Cancelamento. Prazo. Exclusão do registro após cinco anos, já em fase recursal o processo. O prazo para cancelamento de registro em cadastro de inadimplentes é de três anos a contar da inscrição, quando a obrigação esteja representada por título cambial (CDC, art. 43, §§ 1º e 5º), prazo mais favorável que se presume em proveito do consumidor na ausência de prova em contrário (CDC, art. 6º, inc. VIII). Inteligência da Súmula 13 do TJRS. Cheques. Prazo da ação executiva. Fluídos mais de seis meses previstos legalmente, viável a ação que visa cancelamento do registro. Não há falar-se em falta de interesse de recorrer se, após a sentença de improcedência, o autor recorre e, entrementes, há o cancelamento administrativo do registro, pelo decurso do prazo de cinco anos. Hipótese em que não se altera o interesse de agir, reconhecendo-se o direito buscado na inicial. Imposição à recorrida dos ônus da sucumbência. Apelação provida" (TJRS – Apelação Cível 70008066425, Porto Alegre – Décima Nona Câmara Cível – Rel. Des. Jorge Adelar Finatto – j. 18.05.2004).

Deve ficar claro que, se o nome do devedor for mantido inscrito no cadastro após os prazos analisados, configurado está o ilícito consumerista, a gerar a responsabilização civil do órgão mantenedor por todos os prejuízos suportados pelo consumidor, sejam eles materiais ou morais (manutenção indevida). A responsabilidade, como não poderia ser diferente, é objetiva ou independentemente de culpa, o que está em sintonia com o sistema adotado pela Lei 8.078/1990 (como exemplos: TRF da 5ª Região – Apelação Cível 400813 – Processo 2003.82.00.009398-0, Paraíba – Primeira Turma – Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira – *DJETRF5* 18.05.2010; TJDF – Recurso 2010.09.1.011785-7 – Acórdão 458.307 – Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Rel. Juíza Sandra Reves Vasques Tonussi – *DJDFTE* 03.11.2010, p. 208).

Encerrando o estudo da matéria do cancelamento dos registros, repise-se que, no caso de pagamento da dívida ou acordo entre as partes, cabe ao credor tomar as medidas para a retirada do nome do devedor de cadastro de inadimplentes, sob pena de sua responsabilização civil. A hipótese representa clara aplicação da boa-fé objetiva na fase pós-contratual, presente a violação positiva da obrigação, por quebra do dever anexo de colaboração, caso o credor não tome as medidas cabíveis

(responsabilidade *post pactum finitum*).[10] Nesse contexto, da jurisprudência superior: "Constitui obrigação do credor providenciar, junto ao órgão cadastral de dados, a baixa do nome do devedor após a quitação da dívida que motivou a inscrição, sob pena de, assim não procedendo em tempo razoável, responder pelo ato moralmente lesivo, indenizando o prejudicado pelos danos morais causados" (STJ – REsp 870.582/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 23.10.2007 – *DJ* 10.12.2007, p. 380). Na mesma linha, o Enunciado n. 26 dos Juizados Especiais Cíveis do Estado de São Paulo, que assim dispõe: "O cancelamento de inscrição em órgãos restritivos de crédito após o pagamento deve ser procedido pelo responsável pela inscrição, em prazo razoável, não superior a dez dias, sob pena de importar em indenização por dano moral". Como visto à página 420, o STJ entendeu recentemente que esse prazo seria de cinco dias úteis (REsp 1.149.998/ES).

Analisado o tema do cancelamento do registro, é preciso trazer à tona outras questões relativas à indenização pela inscrição indevida do nome do devedor nos cadastros negativos.

8.2.4. A reparação dos danos nos casos de inscrição indevida do nome do devedor. Crítica à Súmula 385 do STJ. Prazo para se pleitear a reparação

Como ficou claro, matéria de grande relevância prática é a relativa à inscrição indevida do nome do devedor nos cadastros negativos. Apesar de sua notória caracterização como ilícito puro, o presente autor entende que o melhor enquadramento da hipótese é como abuso de direito, por quebra da boa-fé objetiva e da função social. Serve *como luva*, portanto, o art. 187 do CC/2002, em *diálogo das fontes* ("Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes").

Como outrora exposto nesta obra, a inscrição do nome do devedor por parte do credor, quando a dívida efetivamente existe, constitui exercício regular de direito, a afastar o ilícito civil (art. 188, inc. II, do CC/2002). Daí decorre a correta dedução de que, se a dívida inexiste e a inscrição é feita, presente está o *exercício irregular do direito de crédito*. Consigne-se que várias decisões jurisprudenciais aplicam corretamente o conceito de abuso de direito em casos tais (ver: TJMG – Apelação Cível 0189607-96.2009.8.13.0028, Andrelândia – Décima Oitava Câmara Cível – Rel. Desig. Des. Arnaldo Maciel – j. 23.11.2010 – *DJEMG* 13.12.2010; TJRS – Apelação Cível 70035809540, Porto Alegre – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Des. Paulo Sergio Scarparo – j. 24.06.2010 – *DJERS* 01.07.2010; TJBA – Recurso 59714-7/2002-1 – Segunda Turma Recursal – Rel. Juíza Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo – *DJBA* 09.10.2009; TJRJ – Apelação 2009.001.15841 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva – *DORJ* 29.04.2009, p. 204; TJDF – Apelação Cível 2007.06.1.002814-8 – Acórdão 281232 – Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais – Rel. Juiz Alfeu Machado – *DJU* 18.09.2007, p. 150).

A configuração da hipótese como abuso de direito serve para reforçar a responsabilidade objetiva ou sem culpa no caso de inscrição indevida, além da incidência de vários preceitos do CDC. A propósito da natureza dessa responsabilização, na *VI Jornada de Direito Civil* (2013), aprovou-se o Enunciado n. 553 CJF/STJ, *in verbis*: "nas ações de responsabilidade civil por cadastramento indevido nos registros de devedores inadimplentes realizados por instituições financeiras, a responsabilidade civil é objetiva".

Feita tal pontuação, na esteira dos acórdãos acima citados, vale dizer que a *inscrição indevida* não está caracterizada somente nas hipóteses em que a dívida inexiste ou é inválida, mas também quando não há a comunicação prévia por parte do órgão que mantém o cadastro, em desrespeito à citada Súmula 359 do STJ. Há que se falar igualmente em *manutenção indevida* do nome em cadastro, quando a dívida é paga ou quando expirado o prazo máximo de conservação do nome por cinco anos, conforme antes estudado. Em resumo, pode-se dizer que a inscrição indevida está presente sempre que não houver um justo motivo ou fundamento como alicerce da atuação.

Em todos os casos, como os cadastros de consumidores lidam como o nome, direito da personalidade com proteção fundamental, é correto entender que os danos imateriais presentes são presumidos ou *in re ipsa*. A presunção é relativa, cabendo prova em contrário, por parte do fornecedor ou prestador (inversão do ônus da prova automática). Em relação aos danos materiais sofridos, devem eles ser provados, nos termos do art. 402 do CC/2002, salvo os casos em que há pedido de inversão do ônus da prova por parte do consumidor, nos termos do art. 6º, inc. VIII, do CDC.

No que concerne à presença de danos morais presumidos no caso de inscrição indevida, podem ser encontrados vários julgados do Superior Tribunal de Justiça, inclusive recentes, que fazem incidir a presunção tanto a pessoas físicas quanto jurídicas. Por todos, a fim de ilustrar:

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada. Danos morais. Inscrição indevida em cadastros restritivos de crédito. Caracterização *in re ipsa* dos danos. Valor irrisório. Majoração. Possibilidade. 1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. Consoante entendimento consolidado desta Corte Superior, nos casos de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, os danos caracterizam-se *in re ipsa*, isto é, são presumidos, prescindem de prova (Precedente: REsp 1059663/MS – Rel. Min. Nancy Andrighi – *DJe* 17.12.2008). 3. Na via especial, somente se admite a revisão do valor fixado pelas instâncias de ampla cognição, a título de indenização por danos morais, quando estes se revelem nitidamente ínfimos ou exacerbados, extrapolando, assim, os limites da razoabilidade. Na hipótese dos autos, o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), fixado pelo Tribunal de origem, apresenta-se nitidamente irrisório, justificando a excepcional intervenção desta Corte Superior. *Quantum* majorado para R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), montante que se mostra mais adequado para confortar moralmente a ofendida e desestimular a empresa ofensora de práticas desta natureza. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ – AgRg no Ag 1.152.175/RJ – Terceira Turma – Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina – j. 03.05.2011 – *DJe* 11.05.2011).

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. Dívida oriunda de lançamento de encargos em conta corrente inativa. Dano moral. Valor da condenação. 1. Inviável rever a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo*, a respeito da existência de dano moral indenizável, em face do óbice da Súmula 7/STJ. 2. É consolidado nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a inscrição ou a manutenção indevida em cadastro de inadimplentes gera, por si só, o dever de indenizar e constitui dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos. 3. A quantia fixada não se revela excessiva, considerando-se os parâmetros adotados por este Tribunal Superior em casos de indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ – AgRg no Ag 1.379.761/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 26.04.2011 – *DJe* 02.05.2011).

"Responsabilidade civil. Inclusão indevida do nome da cliente nos órgãos de proteção ao crédito. Dano moral presumido. Valor da reparação. Critérios para fixação. Controle pelo STJ. Possibilidade. Redução do *quantum*. I. O dano moral decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes é considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato. (...). III. Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na espécie, não ocorreu, distanciando-se o *quantum* arbitrado da razoabilidade. Recurso especial provido" (STJ – REsp 1.105.974/BA – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 23.04.2009 – *DJe* 13.05.2009).

Pelo sistema de presunção existente, causa grande estranheza a Súmula 385 daquela Corte Superior, segundo a qual "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento". A súmula está estabelecendo que, se a pessoa, física ou jurídica, já tiver uma inscrição anterior, de valor devido, não caberá indenização imaterial pela inscrição indevida, o que representa uma volta ao sistema de investigação da presença do dano imaterial.

Como bem aponta Cláudia Lima Marques, que mais uma vez critica com razão entendimento sumulado do STJ, "A Súmula 385 acabou por criar excludente para o fornecedor que efetivamente erra e ainda uma escusa de antemão de todos os erros dos fornecedores e da abertura de cadastros irregulares (que ficam sem qualquer punição), caso o consumidor tenha um – e somente um – problema anterior, em que se considerou 'legítima' a inscrição 'preexistente'". [11] Em complemento às suas palavras, imagina-se pela súmula que a pessoa que já teve o nome inscrito nunca mais terá direito à indenização, pois, como devedor que foi, perdeu a sua personalidade moral. A lamentável Súmula 385 do STJ acaba, assim, por incentivar a prática do abuso de direito pelos fornecedores, prestadores e órgãos que mantêm os bancos de dados. Em reforço, como pontua Ezequiel Morais, "a Súmula 385 torna lícito um ato ilícito apenas porque já preexistia outro registro negativo do nome do consumidor – e sem levar em consideração que o registro negativo preexistente pode ser irregular, indevido!". [12]

Como se nota, não há qualquer ressalva na ementa sumular, que tem grau altamente generalizante, o que pode trazer graves danos aos consumidores, como vem ocorrendo no campo prático. Imagine-se, por exemplo, que um consumidor devia um valor *legítimo*, ocorrendo a inscrição do seu nome no cadastro negativo. Cinco anos após a inscrição, o seu nome não é retirado do banco de dados (*manutenção indevida*), ocorrendo inscrições ilegítimas posteriores. Pelo teor da súmula, não caberá a indenização moral, pois a inscrição anterior foi legítima. O que não foi legítima foi a não retirada do nome do devedor do cadastro.

Como outro exemplo, o consumidor teve uma inscrição legítima. Porém, um banco, que com o vulnerável não teve qualquer relação jurídica, realiza centenas ou milhares de inscrições ilegítimas. Pela Súmula 385 do STJ, mais uma vez, não haverá direito a qualquer reparação por parte do consumidor, o que representa um absurdo que deve ser revisto.

Sem falar, em continuidade, que a Súmula 385 entra em conflito com a Súmula 370 do mesmo STJ, segundo a qual cabe indenização por dano moral no caso de depósito antecipado de cheque pré ou pós-datado. Imagine-se que o consumidor já teve o nome inscrito por uma dívida regular, surgindo uma inscrição posterior indevida em decorrência do citado depósito antecipado. Pela Súmula 385, não caberá a indenização moral; pela Súmula 370, a resposta é positiva, em contrariedade à ementa anterior.

Em suma, por todas essas razões, pelo *bem* do Direito do Consumidor nacional, espera-se que mais esse entendimento sumulado seja imediatamente cancelado pelo Tribunal Superior responsável pelo julgamento das demandas consumeristas em última instância no Brasil.

A encerrar a presente seção, é interessante verificar qual o prazo que tem o consumidor para pleitear a reparação de danos pela inscrição indevida em cadastro negativo. *Prima facie*, poder-se-ia pensar na aplicação do prazo prescricional de cinco anos do art. 27 do CDC, caracterizando-se, em casos tais, um fato do serviço. Muitos arestos julgam desse modo (por todos: TJRS – Apelação

Cível 555907-44.2010.8.21.7000 – Canoas – Vigésima Terceira Câmara Cível – Rel. Des. Niwton Carpes da Silva – j. 11.09.2012 – *DJERS* 24.09.2012; TJPE – Processo 0020495-37.2011.8.17.0000 – Quinta Câmara Cível – Rel. Des. Itabira de Brito Filho – j. 30.11.2011 – *DJEPE* 07.12.2011, p. 962; TJSP – Apelação 0148630-14.2008.8.26.0100 – Acórdão 4853747 – São Paulo – Vigésima Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Rebello Pinheiro – j. 22.11.2010 – *DJESP* 13.01.2011; TJMG – Apelação Cível 0510996-23.2009.8.13.0074 – Bom Despacho – Décima Sexta Câmara Cível – Rel. Desig. Des. José Marcos Vieira – j. 20.10.2010 – *DJEMG* 03.12.2010).

Não obstante tal visão, o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela aplicação do prazo geral de prescrição de dez anos do Código Civil para a hipótese de inscrição indevida, subsumindo o art. 205 da codificação privada:

> "Direito civil e do consumidor. Recurso especial. Relação entre banco e cliente. Consumo. Celebração de contrato de empréstimo extinguindo o débito anterior. Dívida devidamente quitada pelo consumidor. Inscrição posterior no SPC, dando conta do débito que fora extinto por novação. Responsabilidade civil contratual. Inaplicabilidade do prazo prescricional previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil. 1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC. 2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da 'actio nata', o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências. 3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato – tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes –, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual. 4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma. 5. Recurso especial não provido" (STJ – REsp 1.276.311/RS – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Quarta Turma – j. 20.09.2011 – *DJe* 17.10.2011).

Como se pode perceber, o aresto considera a inscrição indevida como defeito do serviço e violação dos deveres anexos relativos à boa-fé objetiva, que não se enquadrariam no tipo descrito pelo art. 27 do Código Consumerista.

A busca de um prazo maior, previsto no Código Civil, para demanda proposta pelo consumidor, constitui exemplo típico de incidência do *diálogo das fontes*, inicialmente pela ausência de regulamentação no CDC. Ademais, segue-se a clara tendência de se tutelar o vulnerável negocial, dando-lhe um prazo mais favorável.

8.2.5. O cadastro de fornecedores e prestadores e o alcance do art. 44 da Lei 8.078/1990

Além dos cadastros e bancos de dados dos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor trata também dos cadastros de fornecedores de produtos e prestadores de serviços. Como explica Rizzatto Nunes, trata-se do *troco* da lei aos serviços de proteção ao crédito. Em outras palavras, há uma *revanche* em benefício dos consumidores pela existência dos cadastros negativos.[13]

Nos termos do art. 44, *caput*, da Lei 8.078/1990, "os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-los pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor". Como exemplos mais notórios, podem ser citados os cadastros mantidos pelos PROCONs estaduais, instituições que visam a tutelar os interesses dos consumidores, no contexto da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 5º da Lei 8.078/1990).

Com os fins de elucidação geral, a presente obra sempre trará, em cada edição, o *ranking* das dez empresas mais reclamadas da Fundação PROCON-SP, levando-se em conta a elaboração geográfica deste livro. Transcreve-se a relação do ano de 2013, a última publicada quando da elaboração desta terceira edição do livro:[14]

1º Grupo Vivo/Telefônica
2º Grupo Claro
3º Grupo Itaú/Unibanco
4º Grupo Bradesco
5º Grupo NET
6º Tim Celular S/A
7º Grupo Pão de Açúcar/Extra/Pontofrio.com/Casasbahia.com/CasasBahia/
Ponto Frio
8º Grupo OI
9º Sky Brasil Serviços Ltda.
10º Grupo Santander

As informações transcritas representam pleno exercício do direito de informar e de ser informado, nos termos da proteção superior (art. 5º, incs. IV, IX e XIV, da CF/1988), amparado pela Lei Consumerista. Em verdade, muitas dessas empresas preferem manter-se no rol das reclamadas do que mudar a sua conduta reiterada de desrespeito aos consumidores. Em um nefasto *jogo econômico*, constatam que a mudança de postura lhes traria mais custos do que o pagamento de indenizações ou de multas administrativas. Assim, preferem manter-se no topo da infeliz listagem de agressões aos consumidores.

A ampla tutela da informação dos consumidores é confirmada pelo § 1° do art. 44, segundo o qual é facultado o acesso às informações constantes dos cadastros para orientação e consulta por qualquer interessado. O preceito confirma a possibilidade de se divulgar a lista anual da Fundação PROCON-SP na presente obra.

Por fim, consagra o art. 44, § 2°, do CDC a subsunção, aos cadastros de fornecedores e prestadores, das mesmas regras previstas nos arts. 43 e 22, parágrafo único, do próprio CDC. Dessa forma, cabe a retificação dos dados constantes das referidas listas, conforme reconhece a jurisprudência, para que não sofra a pessoa jurídica correspondente danos morais, nos termos da Súmula 227 do STJ. A exemplificar, colaciona-se:

> "Apelação cível e recurso adesivo. Ação ordinária. Pretensão da autora de alterar os registros constantes do cadastro de reclamações fundamentadas do PROCON referente aos anos de 2001 e 2002, mantida nos termos do art. 44, do CDC. Sentença de parcial procedência na origem, para determinar a retificação dos registros quanto ao ano de 2001. Recurso de apelação da ré, pugnando pela improcedência da ação. Inadmissibilidade. Acordo entre o consumidor e a empresa reclamada entabulado após o encerramento do processo administrativo que torna inadmissível a manutenção do cadastro como 'reclamação não atendida'. Inteligência do art. 44, do CDC c.c. art. 84, da Lei Estadual 10.177/1998. Dever de atualização do cadastro, de modo a espelhar a realidade fática. Recurso adesivo da empresa autora, pugnando a procedência integral da ação. Administrador que, por prestar serviços, encontra-se sujeito às regras atinentes a relação de consumo. Prova do deslinde da reclamação referente à inscrição do ano de 2002 que não restou evidenciada nos autos. Sentença mantida. Recursos não providos" (TJSP – Apelação 9123842-20.2007.8.26.0000 – Acórdão 5128720, São Paulo – Quarta Câmara de Direito Público – Rel. Des. Rui Stoco – j. 09.05.2011 – *DJESP* 31.05.2011).

Além disso, tais cadastros têm natureza de serviço público, devendo as informações prestadas serem completas, precisas, eficientes e contínuas, diante de seu caráter fundamental.

8.3. O CADASTRO POSITIVO. BREVE ANÁLISE DA LEI 12.414, DE 9 DE JUNHO DE 2011

Para encerrar este capítulo, cumpre trazer algumas anotações a respeito do chamado *cadastro positivo de consumidores*, criado pela recente Lei 12.414/2011, originário da Medida Provisória 783, de 30 de dezembro de 2010, que "Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito".

Interessante pontuar que o art. 43 do CDC não faz referência expressa ao *cadastro negativo*, que deveria ter sido criado apenas após o *cadastro positivo*. Ao revés dos consumidores, a norma sempre foi interpretada em desfavor dos seus interesses, como é comum no Brasil. Consigne-se que o cadastro positivo tem a grande vantagem de facilitar o crédito a favor do consumidor, podendo trazer a desejada redução posterior dos juros em nosso País. Pelo menos é que se espera, como decorrência natural de sua efetivação...

Cumpre destacar que a citada Medida Provisória surgiu a partir de um veto do então Presidente Lula ao Projeto de Lei do Senado 263/2004, conforme a mensagem a seguir:

> "Senhor Presidente do Senado Federal, Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar integralmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei 263, de 2004 (nº 405/2007 na Câmara dos Deputados), que 'Acrescenta § 6º ao art. 43 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para dispor sobre a formação de cadastro positivo nos sistemas de proteção ao crédito'. Ouvido, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo veto ao projeto de lei, conforme a seguinte razão:
>
> 'O texto que trata de formação de cadastro positivo, tal como apresentado, pode redundar em prejuízos aos cidadãos, posto que traz conceitos que não parecem suficientemente claros, o que é indispensável à proteção e defesa do consumidor, ao incremento da oferta de crédito, à promoção de relações de consumo cada vez mais equilibradas e à proteção da intimidade e da privacidade das pessoas'".

Utilizou-se, portanto, o argumento de proteção dos interesses dos consumidores, pois a referida proposição não era clara quanto às definições das categorias básicas relacionadas ao novo instituto. A MP trouxe tentativas de suprimento dessas deficiências, conforme consta do art. 2º da Lei 12.414/2011, com as seguintes conceituações para os fins de criação do cadastro positivo:

a) Banco de dados: conjunto de dados relativo a pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresarias que impliquem risco financeiro.
b) Gestor: pessoa jurídica responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, armazenamento, análise e acesso de terceiros aos dados armazenados.
c) Cadastrado: pessoa natural ou jurídica que tenha autorizado inclusão de suas informações no banco de dados.
d) Fonte: pessoa natural ou jurídica que conceda crédito ou realize venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que lhe impliquem risco financeiro.
e) Consulente: pessoa natural ou jurídica que acesse informações em bancos de dados para fins de concessão de crédito ou realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que lhe impliquem risco financeiro.

f) Anotação: ação ou efeito de anotar, assinalar, averbar, incluir, inscrever ou registrar informação relativa ao histórico de crédito em banco de dados.

g) Histórico de crédito: conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica.

Ato contínuo de estudo, o art. 1º da Lei 12.414/2011 estabelece que o seu regulamento não prejudica o tratamento constante do Código de Defesa do Consumidor como realmente deve ser, uma vez que a Lei 8.078/1990 é uma *norma principiológica*, com posição supralegal no ordenamento jurídico nacional. No mesmo sentido, expressa o art. 17 da norma que, nas situações em que o cadastrado for consumidor, o que é regra, aplicam-se as sanções e penas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, sejam elas civis, penais ou administrativas.

A premissa fundamental do novo cadastro é que ele seja composto por informações prestadas pelos próprios consumidores que tenham interesse na concessão de crédito. O cadastro é, assim, *facultativo* e *não obrigatório*, pois pessoas que têm o costume de adquirir bens de consumo à vista, sem concessão de crédito, não necessitam do citado cadastro.

No que concerne à formação desse histórico, a nova norma estabelece que, para a formação do banco de dados, somente serão armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado (art. 3º, § 1º). Como se observa, o comando está harmonizado com o art. 43 do CDC, na menção à realidade concreta dos dados. Em complemento, a nova norma traz os requisitos das referidas informações, nos termos descritos no § 2º do art. 3º do preceito:

– Informações objetivas: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor.

– Informações claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica.

– Informações verdadeiras: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação.

– Informações de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados.

Nesse ponto, o texto da nova norma é bem completo e didático, servindo até para preencher construções relativas à tutela da informação que estão no CDC, em mais um sadio *diálogo das fontes*. Por razões óbvias, são proibidas as anotações negativas, eis que o cadastro é *positivo*, relativo a um histórico de adimplemento do consumidor. Isso fica claro pela leitura do art. 7º da Lei 12.414/2011, segundo o qual as informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para a realização de análise de risco de crédito do cadastrado, ou para subsidiar a concessão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente. De acordo com o que consta do art. 3º, § 3º, da nova norma, são proibidas anotações de:

I) Informações excessivas, assim consideradas aquelas desproporcionais ou que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor.

II) Informações sensíveis, aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas, filosóficas e pessoais ou quaisquer outras que possam afetar os direitos de personalidade dos cadastrados.

O tratamento relativo às *informações sensíveis* é elogiável, visando à tutela dos direitos da personalidade do consumidor, um dos pontos cruciais e de crítica relativos ao cadastro positivo, que não pode representar uma afronta à intimidade e à tutela da privacidade, protegidas pelo art. 5º, inc. X, da CF/1988 e pelo art. 21 do CC/2002. Nessa linha de proteção, o Enunciado n. 404, da *V Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça (2011): "A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas".

Cumpre destacar que alguns juristas já veem no cadastro positivo uma possibilidade de atentando à proteção de individualidades. Argumenta Leonardo Bessa que "o aumento de número de informações pessoais pode representar ofensa à dignidade da pessoa humana, aos direitos da personalidade (privacidade e honra). Atualmente, a maior preocupação em torno do tema diz respeito justamente à existência de limites ao tratamento (coleta, armazenamento e difusão) de informações pessoais, considerando a grande facilidade que a evolução informática permite nesta área".[15] Na mesma linha, opina Fernando Gaburri: "Esse tipo de anotação devassa a intimidade do consumidor, e ofende seus direitos de personalidade. Se mal utilizado, o cadastro positivo poderá servir de importante ferramenta aos departamentos de *telemarketing*, que diariamente atormentam e abusam da paciência do consumidor".[16] Anote-se que ambos os juristas tecem seus comentários em relação à Medida Provisória originária que gerou a lei em comento.

Com o devido respeito, este autor acredita que, em regra, o cadastro positivo não representa a citada afronta, até porque a abertura do cadastro depende de um ato de vontade do consumidor. Ingressa-se na parte disponível dos direitos da personalidade, para os devidos fins patrimoniais. Nessa linha, lembre-se o teor do Enunciado n. 4 CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, segundo o qual "o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral". De toda sorte, não se pode admitir abusos praticados por fornecedores e prestadores na utilização do banco de dados, sob pena de caracterização do abuso de direito, nos termos do outrora estudado art. 39 da Lei 8.078/1990. Veja-se, ainda, o controle exercido pelo art. 15 da nova lei, segundo o qual as informações sobre o cadastrado, constantes dos bancos de dados, somente poderão ser acessadas por consulentes que com ele mantiverem relação comercial ou creditícia.

A necessidade de pedido para abertura de cadastro consta do art. 4º da Medida Provisória, que exige o *consentimento informado*, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada. A necessidade desse documento está em sintonia com a boa-fé objetiva e a tutela da informação, vindo em boa hora. De acordo com o § 1º do art. 4º da Lei 12.414/2011, "Após a abertura do cadastro, a anotação de informação em banco de dados independe de autorização e de comunicação ao cadastrado". A última norma merecia reparos, pois seria interessante a menção expressa à continua necessidade de informar o consumidor sobre a inserção de novos dados. Como se verá adiante, esse preceito entra em contradição com outra regra da própria norma, devendo prevalecer a necessidade de prévia comunicação.

A nova lei consagra a possibilidade de troca de informações entre as fontes dos dados, visando a formação do histórico positivo (art. 4º, § 2º). Conforme o seu art. 9º, o compartilhamento de

informação de adimplemento só é permitido se autorizado expressamente pelo cadastrado, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada. O gestor que receber informações por meio de compartilhamento equipara-se ao gestor que anotou originariamente a informação, inclusive quanto à responsabilidade solidária por eventuais prejuízos causados, bem como em relação ao dever de receber e processar impugnação e realizar retificações (art. 9º, § 1º).

Além disso, na troca das informações, o gestor originário é considerado responsável por manter atualizadas as informações cadastrais nos demais bancos de dados com os quais compartilhou informações, bem como por informar a solicitação de cancelamento do cadastro (art. 9º, § 2º). O cancelamento do cadastro pelo gestor originário implica o cancelamento do cadastro em todos os bancos de dados que compartilharam informações, que ficam obrigados a proceder, individualmente, ao respectivo cancelamento de cadastro (art. 9º, § 3º). O gestor deverá assegurar, sob pena de responsabilidade civil objetiva, a identificação da pessoa que promover qualquer inscrição ou atualização de dados relacionados com o cadastrado, registrando a data dessa ocorrência, bem como a identificação exata da fonte, do nome do agente que a efetuou e do equipamento ou terminal a partir do qual foi processada tal ocorrência (art. 9º, § 4º). Sem prejuízo de todos esses preceitos, é proibido ao gestor exigir exclusividade das fontes de informações, uma vez que a premissa fundamental do cadastro positivo é o compartilhamento das informações, em um regime de colaboração contínua (art. 10).

O art. 5º do novo preceito preconiza quais são os direitos do cadastrado, a saber:

a) Obter o cancelamento do cadastro quando solicitado. Trata-se do reconhecimento de um direito potestativo em benefício do consumidor que se sentir prejudicado pelo cadastro positivo. Como há plena liberdade na abertura, essa também deve existir no cancelamento dos dados.
b) Acessar gratuitamente, a qualquer tempo, as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive o seu histórico, cabendo ao gestor manter sistemas seguros, por meio eletrônico ou telefone, de consulta para informar a existência ou não de cadastro de informação de adimplemento de um cadastrado respectivo aos consulentes.
c) Solicitar impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter, em até sete dias, sua correção ou cancelamento e comunicação aos bancos de dados com os quais aquele compartilhou a informação. Como se nota, o comando segue o espírito do art. 43 do CDC.
d) Conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco de negociação futura, resguardado o segredo empresarial.
e) Ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento. Constata-se que, aqui, há menção à comunicação prévia para o armazenamento das informações, o que entra em conflito com o preceito do art. 4º, § 1º, da própria norma. Diante da boa-fé objetiva que inspira o sistema de consumo nacional (art. 4º, inc. III, do CDC), a regra da informação prévia deve prevalecer.
f) Solicitar a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados. Em suma, é possível pedir a revisão de *atos robóticos* ou automáticos.
g) Ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados, o que, mais uma vez, visa a proteger a vida privada.

Por outro lado, o art. 8º da Lei 12.414/2011 expõe quais são os deveres das fontes frente aos cadastrados, a saber:

a) Manter os registros adequados para demonstrar que a pessoa natural ou jurídica autorizou o envio e a anotação de informações em bancos de dados.
b) Comunicar os gestores de bancos de dados acerca de eventual exclusão ou revogação de autorização do cadastrado.

c) Verificar e confirmar, ou corrigir, em prazo não superior a dois dias úteis, informação impugnada, sempre que solicitado por gestor de banco de dados ou diretamente pelo cadastrado.

d) Atualizar e corrigir informações enviadas aos gestores de bancos de dados, em prazo não superior a sete dias.

e) Manter os registros adequados para verificar informações enviadas aos gestores de bancos de dados.

f) Fornecer informações sobre o cadastrado, em bases não discriminatórias, a todos os gestores de bancos de dados que as solicitarem, no mesmo formato e contendo as mesmas informações fornecidas a outros bancos de dados.

Por fim, é vedado às fontes estabelecer políticas ou realizar operações que impeçam, limitem ou dificultem a transmissão a banco de dados de informações de cadastrados que tenham autorizado a anotação de seus dados em bancos de dados (art. 8º, parágrafo único, da Lei 12.414/2011).

O art. 6º da norma em estudo enumera as informações que devem ser prestadas pelos gestores de bancos de dados ao cadastrado quando houver solicitação do último. Essas informações são todas aquelas relativas ao cadastrado, bem como a indicação das fontes correspondentes e de todos os consulentes posteriores. Veda-se aos bancos de dados estabelecerem políticas ou realizar operações que impeçam, limitem ou dificultem o acesso do cadastrado às informações sobre ele registradas o que tende à proteção de direitos da personalidade, mais uma vez (art. 6º, § 1º). O prazo para atendimento da solicitação de tais informações é de sete dias (art. 6º, § 2º).

Possibilita-se aos prestadores de serviços continuados de água, esgoto, eletricidade, gás e telecomunicações – desde que autorizados pelo cadastrado – o fornecimento aos bancos de informações sobre o cumprimento das obrigações financeiras do cadastrado (art. 11, *caput*). Tal autorização existe do mesmo modo em relação às instituições bancárias e financeiras (art. 12). Diante de numerosos abusos cometidos no mercado de consumo, veda-se a anotação de informação sobre serviço de telefonia móvel na modalidade pós-paga (art. 11, parágrafo único, da Lei 12.4141/2011).

Em relação ao prazo máximo para a manutenção das informações positivas, o art. 14 da Lei 12.414/2011 estabelece que ele é de quinze anos. O dispositivo é criticado, pois deveria estar harmonizado com o prazo de cinco anos previsto pelo art. 43 do CDC, como bem observa Leonardo Roscoe Bessa:

> "A definição de limites temporais diferenciados para informações positivas e negativas irá gerar, no mínimo, perplexidade. Afinal, o que fazer se, em meio ao registro de informações positivas, o consumidor deixou de pagar algumas prestações antigas (vencidas há sete anos, por exemplo)? É possível manter o registro desse inadimplemento (informação negativa)? Como fica o limite temporal de cinco anos do CDC (art. 43, § 1º) para informações negativas? O ideal seria que fosse estabelecido um limite temporal único para registro tanto de informações positivas como negativas, pois, invariavelmente, em meio a anotações de histórico de crédito (informação positiva), poderá haver situações de atrasos ou até mesmo não pagamento de algumas parcelas (informações negativas). Se esses atrasos ou parcelas não pagas superarem o prazo de cinco anos, não poderá haver o respectivo registro, mas a ausência de informação de pagamento dessas parcelas irá sugerir a existência de informação negativa".[17]

Some-se às palavras do jurista a constatação de que o prazo máximo previsto no sistema civil é de dez anos, para a prescrição geral (art. 205 do CC/2002). Nota-se, assim, um exagero temporal, pois em tempos pós-modernos a tendência é de redução dos prazos, pela possibilidade de rápida tomada de decisões. Diante de seu caráter superior, acredita-se na prevalência dos cinco anos consagrados pelo art. 43 da Lei 8.078/1990. Aguardemos qual será o posicionamento jurisprudencial quanto ao tema no futuro.

A Lei 12.414/2011 consagra a responsabilidade objetiva e solidária do banco de dados, da fonte e do consulente, pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado (art. 16). Em harmonia com o sistema do CDC, de fato, não poderia ser de outro modo. Se a norma trouxesse a responsabilidade mediante culpa ou subjetiva, esta não poderia prevalecer, pois estaria em conflito com o *espírito consumerista de objetivação das responsabilidades*.

A encerrar esta breve análise a respeito do cadastro positivo, destaque-se a emergência do Decreto 7.829, de 17 de outubro de 2012, regulamentando os principais aspectos da lei do cadastro positivo. Vejamos alguns de seus preceitos principais, em vigor a partir de 1º de janeiro de 2013.

O art. 1º da norma estabelece os requisitos mínimos para o funcionamento dos citados cadastros, nos aspectos *econômico-financeiro*, *técnico-operacionais, relacionados à governança* e *relacionais*. Entre os últimos, destaque-se a necessidade de manutenção de um canal de comunicação plena com os consumidores e de uma ouvidoria, o que auxilia na efetivação da transparência das relações jurídicas.

O histórico de crédito do cadastrado, de acordo com a lei, é composto pelo conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento, adimplidas ou em andamento, necessárias para avaliar o risco financeiro do cadastrado (art. 2º). Já o conjunto de dados financeiros e de pagamentos é composto pelos seguintes elementos: *a)* data da concessão do crédito ou da assunção da obrigação de pagamento; *b)* valor do crédito concedido ou da obrigação de pagamento assumida; *c)* valores devidos das prestações ou obrigações, indicadas as datas de vencimento e de pagamento; e *d)* valores pagos, mesmo que parciais, das prestações ou obrigações, indicadas as datas de pagamento (art. 3º do Decreto 7.829/2012).

Com um intuito de efetivação do dever de informar, prescreve o art. 4º do regulamento que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil prestarão informações de acordo com diretrizes aprovadas pelo Conselho Monetário Nacional. Também com relação clara com a boa-fé objetiva, e em harmonia com o CDC, o art. 6º do Decreto dispõe que os bancos de dados, para fins de composição do histórico de crédito, deverão apresentar informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliação da situação econômico-financeira do cadastrado.

No que toca à autorização para abertura do cadastro positivo, pode ser concedida pelo cadastrado em forma física ou eletrônica, diretamente à fonte ou ao gestor de banco de dados (art. 7º). A verificação da validade e autenticidade dessas autorizações d caberá àquele que recepcionou diretamente a autorização concedida pelo cadastrado, o que representa uma clara inversão do ônus da prova (art. 8º).

Quanto às consultas ao cadastro positivo, os dados somente poderão ser acessados por consulentes que com ele mantiverem ou pretenderem manter relação comercial ou creditícia. O consulente deverá declarar ao gestor do banco de dados que mantém ou pretende manter relação comercial ou creditícia com o cadastrado. Além disso, o gestor do banco de dados deverá manter políticas e controles para garantir que as informações sobre o cadastrado somente serão acessadas por consulente que atenda a tais requisitos (art. 9º do Decreto).

Os arts. 10 a 14 da regulamentação enunciam regras a respeito de deveres e responsabilidades das empresas gestoras dos bancos de dados. De acordo com o primeiro dispositivo, o gestor do

banco de dados deverá: *a)* comunicar às fontes eventual exclusão ou revogação da autorização pelo cadastrado; *b)* indicar, em cada resposta a consulta, a data da última atualização das informações enviadas ao banco de dados; *c)* adotar as cautelas necessárias à preservação do sigilo das informações que lhe forem enviadas, divulgando-as apenas para as finalidades previstas na Lei 12.414/2011; *d)* manter sistemas de guarda e acesso com requisitos de segurança que protejam as informações de acesso por terceiros não autorizados e de uso em desacordo com as finalidades previstas na referida lei; *e)* dotar os sistemas de guarda e acesso das informações de características de rastreabilidade, passíveis de serem auditadas; *f)* disponibilizar em seus sítios eletrônicos, ou por telefone e gratuitamente, para consulta do cadastrado, com acesso formalizado, de maneira segura e gratuita, as informações fundamentais a respeito do banco de dados e do próprio cadastrado; *g)* informar claramente, inclusive em seu sítio eletrônico, os direitos do cadastrado definidos em lei e em normas infralegais pertinentes à sua relação com as fontes e os gestores de bancos de dados, e disponibilizar lista de órgãos governamentais aos quais poderá recorrer em caso de violação. Tudo isso sob pena de uma responsabilização objetiva, nos termos do que consta do Código de Defesa do Consumidor e da própria Lei do Cadastro Positivo.

Em reforço, o gestor do banco de dados não poderá informar aos consulentes as fontes individuais das informações (art. 11). O cancelamento do cadastro poderá ser realizado perante qualquer gestor de banco de dados que mantenha cadastro ou perante a fonte que recebeu a autorização para abertura do cadastro, nos termos do que regulamenta o art. 12 do Decreto.

Sem prejuízo de tudo isso, o cadastrado poderá requerer, visando à tutela de sua personalidade, que suas informações não sejam acessíveis por determinados consulentes ou em período determinado de tempo. Pode, também, pleitear o não compartilhamento de informações ou, ainda, a revogação de autorização para o compartilhamento de suas informações com um ou mais bancos de dados. Consigne-se que o sigilo e a intimidade do cadastrado estão protegidos, em complemento, pelo art. 15 da nova norma, eis que o envio das informações pelas fontes aos gestores de bancos de dados deverá ser realizado por mecanismos que preservem a integridade e o sigilo dos dados enviados.

Por fim, estatui-se que as solicitações de cancelamento do cadastro, de vedação de acesso e de não compartilhamento deverão ser realizadas de forma expressa, e poderão ser feitas por meio eletrônico, ou seja, pela internet (art. 14).

_____

1 Sobre a busca da percepção do *brasileiro médio*, ver: ALMEIDA, Alberto. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

2 GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 155.

3 LAGRASTA NETO, Caetano. Inserção do nome do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família*. Novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 311.

4 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

6 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 831-832.

7 GONÇALVES, Renato Afonso. *Bancos de dados nas relações de consumo*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 49-50.

8 EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: RT, 2002. p. 30-36.

9 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 527.

10 Sobre o tema, por todos: DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

11 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 833.

12 MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; e CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2011. p. 223.

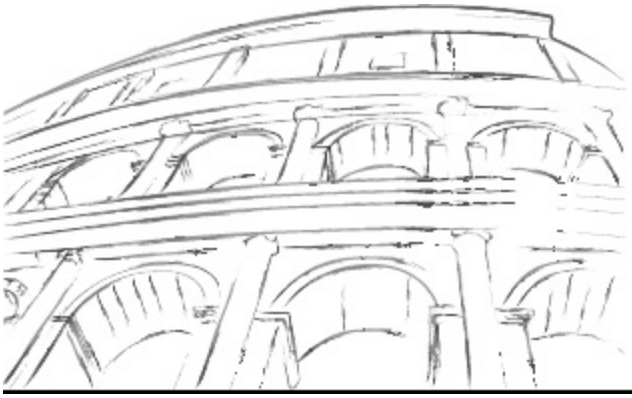
13 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 538.

14 Disponível em: <http://sistemas.procon.sp.gov.br/rank_estadual2/?m=rank_atend.>.

15 BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro positivo. Disponível em: <http://www.brasilcon.org.br/web/destaque/destaquever.asp?id=137>. Acesso em: 3 jun. 2011.

16 GABURRI, Fernando. Cadastro positivo de consumidores: uma história para contar. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2011/01/texto-de-fernando-gaburri-sobre-o.html>. Acesso em: 3 jun. 2011.

17 BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro positivo. Disponível em: <http://www.brasilcon.org.br/web/destaque/destaquever.asp?id=137>. Acesso em: 3 jun. 2011.



9

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 28 DA LEI 8.078/1990). ASPECTOS MATERIAIS

Diante de sua concepção como *realidade técnica e orgânica*, a pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres na ordem civil, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem vínculo. Tal *realidade* pode ser retirada do art. 45 do Código Civil de 2002, ao dispor que começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Fala-se em autonomia da pessoa jurídica quanto aos seus membros, o que constava expressamente no art. 20 do Código Civil de 1916, dispositivo que não foi reproduzido pela atual codificação, sem que isso traga qualquer conclusão diferente.

Como decorrência lógica desse enquadramento, em regra, os componentes da pessoa jurídica somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual dependendo do tipo societário adotado (responsabilidade *in vires*). A regra é de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, ou seja, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica, para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica sejam executados.

Devido a essa possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios ou administradores, a pessoa jurídica, por vezes, desviou-se de seus princípios e fins, cometendo fraudes e lesando sociedade ou terceiros, provocando reações na doutrina e na jurisprudência. Visando a coibir tais abusos, surgiu no Direito Comparado a figura da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica* ou *teoria da penetração* (*disregard of the legal entity*). Com isso, alcançam-se pessoas e bens que se escondem dentro de uma pessoa jurídica para fins ilícitos ou abuso, além dos limites do capital social (responsabilidade *ultra vires*). Fábio Ulhoa Coelho demonstra as origens da teoria:

> "A teoria é uma elaboração doutrinária recente. Pode-se considerar Rolf Serick o seu principal sistematizador, na tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tübigen, em 1953. É certo que, antes dele, alguns autores já haviam dedicado ao tema, como por exemplo, Maurice Wormser, nos danos 1910 e 1920. Mas não se encontra claramente nos estudos precursores a motivação centra de Serick de buscar definir, em especial a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas (1950)".[1]

Como se extrai de obra do jurista, são apontados alguns julgamentos históricos como precursores da tese: caso *Salomon vs. Salomon & Co*., julgado na Inglaterra em 1897, e caso *State vs. Standard Oil Co*., julgado pela Corte Suprema do Estado de Ohio, Estados Unidos, em 1892.[2] A verdade é que a partir das teses e dos julgamentos, as premissas de penetração na pessoa jurídica passaram a influenciar a elaboração de normas jurídicas visando a sua regulamentação. Trata-se de mais uma festejada incidência da teoria da aparência e da vedação do abuso de direito, agora em sede do Direito de Empresa, ramo do Direito Privado.

O instituto em análise permite ao juiz não mais considerar os efeitos da personificação da sociedade para atingir e vincular responsabilidades dos sócios e administradores, com intuito de impedir a consumação de fraudes e abusos por eles cometidos, desde que causem prejuízos e danos a terceiros, principalmente a credores da empresa. Dessa forma, os bens particulares dos sócios podem responder pelos danos causados a terceiros. Em suma, o *escudo*, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou administrador. Bens da empresa também poderão responder por dívidas dos sócios, por meio do que se denomina *desconsideração inversa* ou *invertida*, mais à frente estudada.

Como é cediço, o atual Código Civil Brasileiro acolheu expressamente a desconsideração. Prescreve o seu art. 50 que: "Em caso de abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o Juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica." Como a desconsideração da personalidade jurídica foi adotada pelo legislador da nova codificação privada, não é recomendável mais utilizar a expressão *teoria*, que constitui trabalho doutrinário, amparado pela jurisprudência. Tal constatação também é retirada da leitura do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 28, *caput*, da Lei 8.078/1990, enuncia que: "O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração"; (...) § 5º: "Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores". Faz o mesmo o art. 4º da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), ao prever que "poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente". De qualquer forma, no tocante às duas normas, há uma diferença de tratamento, conforme será demonstrado a seguir.

Tanto em relação à adoção da *teoria*, quanto à manutenção das leis especiais anteriores, expressa o Enunciado 51 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, que "a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema". Eis aqui o argumento pelo qual não se pode mais utilizar a expressão *teoria*, uma vez que a desconsideração foi abraçada pela codificação privada.

Aprofundando o tema, a melhor doutrina aponta a existência de duas grandes teorias fundamentais

acerca da desconsideração da personalidade jurídica:[3]

a) *Teoria maior ou subjetiva – a desconsideração, para ser deferida, exige a presença de dois requisitos: o abuso da personalidade jurídica + o prejuízo ao credor. Essa teoria foi adotada pelo art. 50 do CC/2002.*

b) *Teoria menor ou objetiva – a desconsideração da personalidade jurídica exige um único elemento, qual seja o prejuízo ao credor*. Essa teoria foi adotada pela Lei 9.605/1998, para os danos ambientais, e *supostamente* pelo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Relativamente ao Código de Defesa do Consumidor, diz-se s*upostamente* pela redação do § 5º do seu art. 28, bastando o mero prejuízo ao consumidor, para que a desconsideração seja deferida, segundo a doutrina especializada.[4] Esse entendimento por vezes é adotado pela jurisprudência, conforme se depreende de notória e explicativa ementa do Superior Tribunal de Justiça:

> "Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. *Shopping Center* de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos" (STJ, REsp 279.273/SP – Rel. Ministro Ari Pargendler – Rel. p/Acórdão Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma – j. 04.12.2003 – *DJ* 29.03.2004, p. 230).

Todavia, no que tange ao Direito do Consumidor, como é notório, o art. 28, § 1º, do CDC, foi vetado, quando na verdade o veto deveria ter atingido o § 5º. O dispositivo vetado teria a seguinte redação: "A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que a integram" (art. 28, § 1º). As razões do veto, que não têm qualquer relação com a norma: "O *caput* do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas".

Assim, fica em dúvida a verdadeira adoção dessa teoria, apesar da previsão legal. Nesse sentido, comentando o erro no veto, anota Gustavo Rene Nicolau que "com este equívoco manteve-se

em vigor o terrível § 5º. Entendo que não se pode considerar eficaz o referido parágrafo, prestigiando um engano em detrimento de toda uma construção doutrinária absolutamente solidificada e que visa – em última análise – proteger a coletividade".[5] O que é importante dizer é que, apesar dos protestos do jovem civilista, o art. 28, § 5º, do CDC, vem sendo aplicado amplamente pela jurisprudência como precursor da *teoria menor ou objetiva*.

Deve ficar claro que a desconsideração da personalidade jurídica não significa a sua extinção, mas apenas uma ampliação das responsabilidades, quebrando-se com a sua autonomia. Ademais, a medida é tida como excepcional, dependendo de autorização judicial. Em suma, *não se pode confundir a desconsideração com a despersonificação* da pessoa jurídica. No primeiro instituto, apenas desconsidera-se a regra pela qual a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros. Na despersonificação, a pessoa jurídica é dissolvida ou extinta. Destaque-se que a despersonificação da pessoa jurídica está tratada, em termos gerais, pelo art. 51 do Código Civil, *in verbis*: "Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução. § 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado. § 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica".

Repisando, é possível, no caso de confusão patrimonial, responsabilizar a empresa por dívidas dos sócios (*desconsideração inversa* ou *invertida*). O exemplo típico é a situação em que o sócio, tendo conhecimento de divórcio, compra bens com capital próprio em nome da empresa (confusão patrimonial). Pela desconsideração, tais bens poderão ser alcançados pela ação de divórcio, fazendo com que o instituto seja aplicado no Direito de Família. Sobre o tema, mencione-se o trabalho de Rolf Madaleno, que trata da teoria da *disregard no Direito de Família*. Citando farta jurisprudência do TJRS, o doutrinador utiliza um exemplo muito próximo do que aqui foi apontado: "Quando o marido transfere para sua empresa o rol mais significativo dos bens matrimoniais, sentença final de cunho declaratório haverá de desconsiderar este negócio específico, flagrada a fraude ou o abuso, havendo, em consequência, como matrimoniais esses bens, para ordenar sua partilha no ventre da separação judicial, na fase destinada a sua divisão, já considerados comuns e comunicáveis".[6] Admitindo essa possibilidade, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado 283 CJF/STJ, prevendo que "É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada 'inversa' para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros". Da jurisprudência, pode ser encontrado julgado publicado no *Informativo 444* do STJ, aplicando a categoria (STJ – REsp 948.117/MS – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 22.06.2010).

A *desconsideração inversa*, do mesmo modo, é possível em demanda envolvendo uma relação de consumo. Imagine-se o caso de um fornecedor ou prestador que tem vários débitos em relação a consumidores e que, para fraudá-los, passa a transmitir os seus bens para o seu nome próprio. Entendendo desse modo, e fazendo menção ao art. 28 do CDC, do Tribunal de São Paulo:

> "Bem móvel. Ação de obrigação de fazer C.C. Pedido de indenização. Pedido de aplicação da desconsideração inversa da pessoa jurídica. Bloqueio 'on-line'. Presentes os pressupostos legais (art. 28 do CDC e art. 50 do CC de 2002). Agravo improvido. Presentes os elementos de convicção dos pressupostos do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 50 do Código Civil de 2002, é aplicável a despersonalização da pessoa jurídica inversa para alcançar os bens sociais ou particulares dos

administradores ou sócios que a integram" (TJSP – Agravo de instrumento n. 990.10.074924-2 – Acórdão n. 4630.973/SP – Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Norival Oliva – j. 10.08.2010 – *DJESP* 23.08.2010).

Em todos os casos, seja a desconsideração direta ou inversa, dispõe o Enunciado n. 281 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, que a sua aplicação prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica. Em tom prático, não há necessidade de provar que a empresa está falida para que a desconsideração seja deferida.

Por outra via, o Enunciado n. 282 do CJF/STJ aduz que o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica. Imagine-se a hipótese em que a pessoa jurídica fechou o estabelecimento empresarial e não pagou credores, inclusive consumidores. Não há como concordar com essa conclusão doutrinária, pois o encerramento irregular é exemplo típico de abuso da personalidade jurídica, particularmente de desvio de finalidade da empresa, conforme balizado entendimento jurisprudencial, apesar da matéria não ser pacífica (nesse sentido, ver: TJSP, Agravo de instrumento 990.09.250776-1, Acórdão 4301323, São Paulo, Vigésima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Oscar Feltrin, j. 03.02.2010, *DJESP* 25.02.2010; TJMG, Agravo interno 1.0024.06.986632-5/0011, Belo Horizonte, Décima Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Marcos Lincoln, j. 27.01.2010, *DJEMG* 22.02.2010; TJPR, Agravo de instrumento 0572154-2, Guarapuava, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Habith, DJPR 17.12.2009, p. 32; TJRS, Agravo de instrumento 70030801385, Lajeado, Décima Nona Câmara Cível, Rel. Des. Guinther Spode, j. 24.11.2009, *DJERS* 01.12.2009, p. 75; TJDF, Recurso 2009.00.2.005888-6, Acórdão 361.803, Sexta Turma Cível; Rel. Des. Jair Soares, *DJDFTE* 18.06.2009, p. 87).

Em complemento, para confirmar a possibilidade da desconsideração em casos tais, notadamente em demandas envolvendo consumidores, anote-se que, no âmbito da execução fiscal, o Superior Tribunal de Justiça entende que se presume dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente (Súmula 435). Como se nota, o teor da súmula está na contramão do entendimento que consta do criticado Enunciado 282 CJF/STJ. Também na contramão desse enunciado doutrinário, do mesmo STJ, cabe colacionar trechos de acórdãos recentes: "Do encerramento irregular da empresa presume-se o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial, apto a embasar o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para se buscar o patrimônio individual de seu sócio" (REsp 1.259.066/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – *DJe* 28.06.2012); "Reconhecendo o acórdão recorrido que a ex-sócia, ora recorrente, praticou atos que culminaram no encerramento irregular da empresa, com desvio de finalidade e no esvaziamento patrimonial, a revisão deste entendimento demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ" (STJ – REsp 1.312.591/RS – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Quarta Turma – j. 11.06.2013 – *DJe* 01.07.2013).

Também da *IV Jornada de Direito Civil*, preconiza o Enunciado n. 284 do CJF/STJ que "As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica". Ao contrário do anterior, esse enunciado está de acordo com o entendimento jurisprudencial que, por exemplo, admite a desconsideração da personalidade jurídica em face de uma associação (nesse sentido, ver: TJSP, Agravo de instrumento

573.072.4/7, Acórdão 3123059, São Vicente, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 07.08.2008, *DJESP* 22.08.2008; TJPR, Agravo de instrumento 0285267-3, Acórdão 238202, Curitiba, Desembargadora Anny Mary Kuss, 15ª Câmara Cível, j. 19.04.2005, publicado em 06.05.2005). Tal entendimento deve ser aplicado em benefício dos consumidores.

Ainda naquele evento, foi aprovado o Enunciado 285 do CJF/STJ, estabelecendo que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor. Como não poderia ser diferente, pode uma empresa consumidora fazer uso do instituto contra uma empresa devedora.

Seguindo no estudo da categoria da desconsideração consumerista, o § 2º, do art. 28, do CDC, enuncia que as sociedades integrantes dos mesmos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis para os fins de incidência do Código de Defesa do Consumidor. As sociedades coligadas, ademais, só responderão por culpa, tendo uma responsabilidade subjetiva (art. 28, § 4º, do CDC). Como bem esclarece Zelmo Denari, apesar de os comandos estarem inseridos no artigo referente à desconsideração, têm eles incidência para qualquer situação de responsabilidade civil encampada pelo Código do Consumidor, inclusive para os fins de temática do presente tópico.[7]

Para esclarecer em relação às sociedades coligadas, o seu conceito consta do art. 1.097 do CC/2002: "Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes". É considerada *controlada: a)* a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; *b)* a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas (art. 1.098 do CC). Além disso, diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais do capital da outra, sem controlá-la (art. 1.099 do CC). Por fim, é de simples participação a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de dez por cento do capital com direito de voto (art. 1.100 do CC).

Por fim, em relação às sociedades consorciadas, "são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código" (art. 28, § 3º, do CDC). Mais uma vez, nota-se que a regra não serve apenas para os fins de desconsideração, mas para todas as decorrências de responsabilização civil, na linha da solidariedade pregada pelo art. 7º, parágrafo único, do CDC.

As sociedades consorciadas, nos termos do art. 278, *caput*, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), são aquelas que se constituem para executar determinado empreendimento, caso de uma complexa obra pública. Conforme o § 1º do último preceito, "o consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade". Como bem esclarece Zelmo Denari, "O § 3º do art. 28 derrogou expressamente essa disposição da lei comercial, criando, nas relações de consumo, um vínculo de solidariedade entre as empresas consorciadas, em benefício do consumidor".[8]

_____

1 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 37.

2 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 41.

3 Por todos, ver: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 36-47.

4 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 114; PODESTÁ, Fábio Henrique. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 177.

5 NICOLAU, Gustavo René. Desconsideração da personalidade jurídica. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. *Arte jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006. v. III, p. 236.

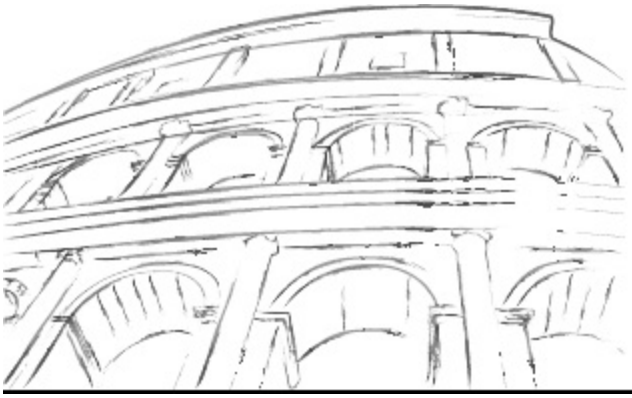
6 MADALENO, Rolf. *Direito de família*. Aspectos polêmicos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 31.

7 DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 238.

8 DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 238.

2.ª PARTE
DIREITO PROCESSUAL

Daniel Amorim Assumpção Neves



10

TUTELA INDIVIDUAL DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

Sumário: 10.1. Introdução – 10.2. Meios de solução dos conflitos: 10.2.1. Introdução; 10.2.2. Jurisdição; 10.2.3. Equivalentes jurisdicionais – 10.3. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: 10.3.1. Introdução; 10.3.2. Tutela jurisdicional; 10.3.3. Procedimento previsto pelo art. 84 do CDC – 10.4. Competência: 10.4.1. Introdução; 10.4.2. Competência da Justiça; 10.4.3. Competência territorial; 10.4.4. Competência do juízo – 10.5. Intervenções de terceiros: 10.5.1. Introdução; 10.5.2. Denunciação da lide; 10.5.3. Chamamento ao processo – 10.6. Litisconsórcio alternativo e o Código de Defesa do Consumidor – 10.7. Inversão do ônus da prova: 10.7.1. Ônus da prova; 10.7.2. Regras de distribuição do ônus da prova (art. 333 do CPC); 10.7.3. Inversão do ônus da prova; 10.7.4. Momento de inversão do ônus da prova; 10.7.5. Inversão da prova e inversão do adiantamento de custas processuais.

10.1. INTRODUÇÃO

Conforme ficou claro na parte da presente obra que cuida dos aspectos materiais do direito do consumidor, existe uma nítida disparidade de condições entre ele e o fornecedor, sendo todo o arcabouço legislativo material criado para equilibrar a relação entre eles. As normas são protetivas porque, invariavelmente, consideram a situação de desvantagem do consumidor, não sendo o diploma legal chamado "Código de Defesa do Consumidor" sem razão.

No plano do direito processual, era natural que se desse o mesmo fenômeno, com a criação de normas procedimentais protetivas ao consumidor, até porque, conforme ensina a melhor doutrina a respeito do tema, "sem essas garantias processuais, os direitos materiais tornam-se normas programáticas sem maior contato com a realidade e o cotidiano dos cidadãos. Não basta, portanto, garantir a defesa do consumidor no plano material; é preciso garanti-la também no plano processual"[1].

O tratamento diferenciado destinado no plano do direito material ao consumidor é ainda mais justificável no plano do direito processual em razão da tradicional diferença entre as espécies de litigantes formadas por consumidores e fornecedores. Enquanto os primeiros são chamados de litigantes eventuais, porque não participam de processos judiciais com frequência[2], os segundos são chamados de litigantes habituais (ou contumazes), porque são frequentes clientes do Poder Judiciário, invariavelmente no polo passivo das demandas.

Conforme dados de pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no mês de

março do ano de 2011, a respeito dos maiores litigantes no Poder Judiciário brasileiro, se nota com clareza a presença de fornecedores como litigantes habituais. Dos dez maiores litigantes da lista, cinco são instituições financeiras e um é empresa de telefonia. Os bancos respondem por 38% das ações judiciais em trâmite e as empresas de telefonia por 6%, dando uma exata dimensão da quantidade de ações consumeristas e da presença constante desses fornecedores em tais demandas.

A existência de um litigante habitual contra um litigante eventual já causa um desequilíbrio entre as partes, considerando-se que, no primeiro caso, existe uma organização montada para atuação nos litígios judiciais, além de serem acostumados aos seus meandros e à frequente demora para a concessão de uma tutela jurisdicional definitiva. O consumidor, pouco afeito ao mundo judicial, é invariavelmente alguém que não está acostumado com o processo, e tampouco tem uma organização fixa para enfrentar as complexidades, demora e custos advindos da batalha judicial.

Some-se a isso a frequente disparidade econômica entre ambos, característica que permite ao fornecedor suportar o exorbitante tempo que uma ação judicial pode tomar e os custos gerados por ela de forma muito mais confortável que o consumidor. Preparado, acostumado e com folga patrimonial para aguentar o processo, o fornecedor, como litigante contumaz, ou habitual, sempre estará em posição de vantagem sobre o consumidor.

A regra de que a lei deve tratar todos de forma igual (art. 5.º, *caput* e inciso I, da CF) aplica-se também ao processo, devendo tanto a legislação como o juiz no caso concreto garantir às partes uma **"paridade de armas"** (art. 125, I, do CPC), como forma de manter equilibrada a disputa judicial entre elas. A isonomia no tratamento processual das partes é forma, inclusive, de o juiz demonstrar a sua imparcialidade, porque demonstra que não há favorecimento de qualquer uma delas.

O princípio da isonomia, entretanto, não pode se esgotar num aspecto formal, pelo qual basta tratar todos igualmente que estará garantida a igualdade das partes, porque essa forma de ver o fenômeno está fundada na incorreta premissa de que todos sejam iguais. É natural que, havendo uma igualdade entre as partes, o tratamento também deva ser igual, mas a isonomia entre sujeitos desiguais só pode ser atingida por meio de um tratamento também desigual, na medida dessa desigualdade. O objetivo primordial na isonomia é permitir que concretamente as partes atuem no processo, dentro do limite do possível, no mesmo patamar. Por isso, alguns sujeitos, seja pela sua qualidade, seja pela natureza do direito que discutem em juízo, têm algumas **prerrogativas** que diferenciam seu tratamento processual dos demais sujeitos, como forma de equilibrar a disputa processual.

No caso do consumidor em juízo, a efetivação do princípio da isonomia real depende de um tratamento diferenciado, com proteções maiores dispensadas a ele, de forma que tenha condições equânimes de enfrentar o fornecedor. Nada mais do que tratar os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.

A defesa individual do consumidor em juízo não mereceu do legislador o mesmo cuidado que este despendeu para a defesa coletiva. Ainda que existam dispositivos comuns a essas duas formas de defesa, é inegável que a maior parte das normas processuais consumeristas diz respeito exclusivamente à tutela coletiva do consumidor. Tamanha a relevância do Código de Defesa do Consumidor para a tutela coletiva que o diploma legal faz parte do núcleo duro do microssistema coletivo, sendo, inclusive, aplicável a direitos coletivos *lato sensu* de outras naturezas que não a consumerista[3].

De qualquer forma, a menor preocupação do legislador quanto à tutela jurisdicional individual do consumidor já é o suficiente para o apontamento de alguns dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que criam algumas prerrogativas processuais, sempre com o objetivo de facilitar o exercício de sua ampla defesa no caso concreto. Não há, entretanto, uma ação específica e exclusiva à disposição do consumidor, como também não está previsto na Lei 8.078/1990 um procedimento especialmente criado para a sua tutela individual. O que se tem são algumas regras legais que tratam de forma diferenciada o consumidor em sua atuação processual.

A opção do legislador por previsões esparsas, sem a criação de uma estrutura procedimental para a tutela individual do consumidor, fica clara na redação do art. 83 do CDC, que garante, para a defesa do direito do consumidor – individual e coletiva –, a utilização de todas as ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos interesses consagrados no referido diploma. Ou seja, o consumidor pode se valer de todas as ações, procedimentos e espécies de tutela jurisdicional presentes no sistema processual, não existindo especificamente na Lei 8.078/1990 qualquer criação nesse sentido.

Por outro lado, reconhecendo-se a criação de um microssistema pelo Código de Defesa do Consumidor, e não havendo a criação de ações ou procedimentos específicos para a tutela individual do consumidor, é natural a constante aplicação das regras procedimentais constantes do Código de Processo Civil. O próprio art. 90 da Lei 8.078/1990 prevê essa aplicação naquilo que não contrariar as regras estabelecidas pelo Código de Processo Civil.

Como são poucas as regras procedimentais previstas na Lei 8.078/1990 que regulamentam a atividade processual do consumidor individual em juízo, será natural uma frequente e constante utilização das normas consagradas no Código de Processo Civil, não sendo interessante nesta obra tratar de temas que não são de aplicação exclusiva à defesa individual dos direitos do consumidor em juízo. Dessa forma, o presente capítulo tem como pretensão abordar os aspectos diferenciais constantes na Lei 8.078/1990.

10.2. MEIOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

10.2.1. Introdução

O sistema jurídico brasileiro disponibiliza às partes variadas formas de solução dos conflitos, sendo possível elencar a jurisdição, a autotutela, a autocomposição e a arbitragem. A pretensão, no presente capítulo, é analisar como essas diferentes formas de solução de conflitos aplicam-se ao direito do consumidor.

10.2.2. Jurisdição

A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social. Note-se que neste conceito não consta o tradicional entendimento de que a jurisdição se presta a resolver um conflito de interesses entre as partes, substituindo suas

vontades pela vontade da lei. Primeiro, porque nem sempre haverá conflito de interesses a ser resolvido, e segundo, porque nem sempre a atividade jurisdicional substituirá a vontade das partes, conforme será devidamente analisado em momento oportuno.

Há doutrina que prefere analisar a jurisdição sob três aspectos distintos: poder, função e atividade[4]. O poder jurisdicional é o que permite o exercício da função jurisdicional, que se materializa no caso concreto por meio da atividade jurisdicional. Essa intersecção é natural e explicável por tratar-se de um mesmo fenômeno processual, mas, ainda assim, é interessante a análise conforme sugerido, porque com isso tem-se uma apuração terminológica sempre bem-vinda. É importante não confundir as expressões "poder jurisdicional", "função jurisdicional" e "atividade jurisdicional".

Entendida como poder, a jurisdição representa o poder estatal de interferir na esfera jurídica dos jurisdicionados, aplicando o direito objetivo ao caso concreto e resolvendo a crise jurídica que os envolve. Há tempos se compreende que o poder jurisdicional não se limita a dizer o direito (*juris-dicção*), mas também de impor o direito (*juris-satisfação*). Realmente, de nada adiantaria a jurisdição dizer o direito, mas não reunir condições para fazer valer esse direito concretamente. Note-se que a jurisdição como poder é algo que depende essencialmente de um Estado organizado e forte o suficiente para interferir concretamente na esfera jurídica de seus cidadãos.

Tradicionalmente, a jurisdição (*juris-dicção*) era entendida como a atuação da vontade concreta do direito objetivo (Chiovenda), sendo que a doutrina se dividia entre aqueles que entendiam que essa atuação derivava de a sentença fazer concreta a norma geral (Carnelutti) ou criar uma norma individual com base na regra geral (Kelsen). Contemporaneamente, notou-se que tais formas de enxergar a jurisdição estavam fundadas em um positivismo acrítico e no princípio da supremacia da lei, o que não mais atendia às exigências de justiça do mundo atual. Dessa forma, autorizada doutrina passa a afirmar que a jurisdição deveria se ocupar da criação, no caso concreto, da norma jurídica, resultado da aplicação da norma legal à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça. Reconhece ainda essa nova visão da jurisdição que não adianta somente a edição da norma jurídica (*juris-dicção*), sendo necessário tutelar concretamente o direito material, o que se fará pela execução (*juris-satisfação*)[5].

Como função, a jurisdição é o encargo atribuído pela Constituição Federal, em regra, ao Poder Judiciário – função típica –, e, excepcionalmente, a outros Poderes – função atípica –, de exercer concretamente o poder jurisdicional. A função jurisdicional não é privativa do Poder Judiciário, como se constata nos processos de *impeachment* do Presidente da República realizados pelo Poder Legislativo (arts. 49, IX, e 52, I, da CF), ou nas sindicâncias e processos administrativos conduzidos pelo Poder Executivo (art. 41, § 1.º, II, da CF), ainda que nesses casos não haja definitividade. Também o Poder Judiciário não se limita ao exercício da função jurisdicional, exercendo de forma atípica – e bem por isso excepcional – função administrativa (p. ex., organização de concursos públicos) e legislativa (p. ex., elaboração de Regimentos Internos de tribunais)[6].

Como atividade, a jurisdição é o complexo de atos praticados pelo agente estatal investido de jurisdição no processo. A função jurisdicional se concretiza por meio do processo, forma que a lei criou para que tal exercício se fizesse possível. Na condução do processo, o Estado, ser inanimado que é, investe determinados sujeitos do poder jurisdicional para que possa, por meio da prática de atos processuais, exercer concretamente tal poder. Esses sujeitos são os juízes de direito, que, por

representarem o Estado no processo, são chamados de "Estado-juiz".

Como se verifica em praticamente todas as espécies de conflitos de interesses, aqueles que envolvem o consumidor e o fornecedor são em sua maioria resolvidos por meio da jurisdição. A cultura do processo (litigiosidade) existente entre os operadores do Direito, bem como na população em geral, leva a maioria das crises jurídicas consumeristas ao Poder Judiciário, na busca de uma solução impositiva do juiz que resolva o conflito de interesses. O aspecto positivo para o consumidor é que em sua tutela serão cabíveis quaisquer espécies de ação judicial, nos termos do art. 83 do CDC, bem como cabe ao juiz a facilitação da defesa dos interesses do consumidor em juízo, nos termos do art. 6.º, VIII, do mesmo diploma legal.

10.2.3. Equivalentes jurisdicionais

O Estado não tem, por meio da jurisdição, o monopólio da solução dos conflitos, sendo admitidas pelo Direito outras maneiras pelas quais as partes possam buscar uma solução do conflito em que estão envolvidas. São chamadas de equivalentes jurisdicionais ou de formas alternativas de solução dos conflitos. Há três espécies reconhecidas por nosso direito: autotutela, autocomposição e arbitragem.

10.2.3.1. Autotutela

É a forma mais antiga de solução dos conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora. Por "força" deve-se entender qualquer poder que a parte vencedora tenha condições de exercer sobre a parte derrotada, resultando na imposição de sua vontade. O fundamento dessa força não se limita ao aspecto físico, podendo-se verificar nos aspectos afetivo, econômico, religioso etc.

É evidente que uma solução de conflitos resultante do exercício da força não é a forma que se procura prestigiar num Estado democrático de direito. Aliás, pelo contrário, a autotutela lembra as sociedades mais rudimentares, nas quais a força era sempre determinante para a solução dos conflitos, pouco importando de quem era o direito objetivo no caso concreto. Como, então, a autotutela continua a desempenhar papel de equivalente jurisdicional ainda nos tempos atuais?

Primeiro, é preciso observar que a autotutela é consideravelmente excepcional, sendo raras as previsões legais que a admitem. Como exemplos, é possível lembrar a legítima defesa (art. 188, I, do CC); apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, I, do CC); desforço imediato no esbulho (art. 1.210, § 1.º, do CC). A justificativa é de que o Estado não é onipresente, sendo impossível estar em todo lugar e a todo momento para solucionar violações ou ameaças ao direito objetivo, de forma que em algumas situações excepcionais é mais interessante ao sistema jurídico, diante da ausência do Estado, a solução pelo exercício da força de um dos envolvidos no conflito.

Segundo, e mais importante, a autotutela é a única forma de solução alternativa de conflitos que pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, de modo que o derrotado sempre poderá judicialmente reverter eventuais prejuízos advindos da solução do conflito pelo exercício da força de

seu adversário. Trata-se, portanto, de uma forma imediata de solução de conflitos, mas que não recebe os atributos da definitividade, sempre podendo ser revista jurisdicionalmente.

De qualquer forma, tem rara aplicação no campo consumerista, podendo ser lembrada como exemplo o direito do hoteleiro em manter a bagagem do cliente que não quita sua conta no momento de sair do hotel. A raridade de sua existência no sistema de solução de conflitos é uma boa notícia para o consumidor, porque, sendo uma forma de solução baseada na força de uma das partes, é presumível que o fornecedor seja sempre o vencedor da disputa, dada a reconhecida hipossuficiência do consumidor nesta relação jurídica.

10.2.3.2. *Autocomposição*

A autocomposição é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito, mediante a vontade unilateral ou bilateral de tais sujeitos. O que determina a solução do conflito não é o exercício da força, como ocorre na autotutela, mas a vontade das partes, o que é muito mais condizente com o Estado democrático de direito em que vivemos. Inclusive, é considerada atualmente um excelente meio de pacificação social, porque inexiste no caso concreto uma decisão impositiva, como ocorre na jurisdição, valorizando-se a autonomia da vontade das partes na solução dos conflitos.

A autocomposição é um gênero, do qual são espécies a transação – a mais comum –, a submissão e a renúncia. Na transação há um sacrifício recíproco de interesses, sendo que cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para que se atinja a solução do conflito. Trata-se do exercício de vontade bilateral das partes, visto que, quando um não quer, dois não fazem a transação. Na renúncia e na submissão, o exercício de vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre de ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do pretenso direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado por sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima sua resistência.

Cumpre observar que, embora sejam espécies de autocomposição, e por tal razão formas de equivalentes jurisdicionais, a transação, a renúncia e a submissão podem ocorrer também durante um processo judicial, sendo que a submissão, nesse caso, é chamada de reconhecimento jurídico do pedido, enquanto a transação e a renúncia mantêm a mesma nomenclatura. Verificando-se durante um processo judicial, o juiz homologará por sentença de mérito a autocomposição (art. 269, II, III, V, do CPC), com formação de coisa julgada material. Nesse caso, é importante perceber que a solução do conflito deu-se por autocomposição, derivada da manifestação da vontade das partes, e não da aplicação do direito objetivo ao caso concreto (ou ainda da criação da norma jurídica), ainda que a participação homologatória do juiz tenha produzido uma decisão apta a gerar a coisa julgada material. Dessa forma, tem-se certa hibridez: substancialmente, o conflito foi resolvido por autocomposição, mas formalmente, em razão da sentença judicial homologatória, há o exercício de jurisdição.

Atualmente, nota-se um incremento na autocomposição, em especial na transação, o que, segundo

parcela significativa da doutrina, representa a busca pela solução de conflitos que mais gera a pacificação social, uma vez que as partes, por sua própria vontade, resolvem o conflito e dele saem sempre satisfeitas. Ainda que tal conclusão seja bastante discutível, por desconsiderar no caso concreto as condições que levaram as partes, ou uma delas, à autocomposição, é inegável que o tema "está na moda".

A mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, mas não se confunde com a autocomposição, porque, enquanto nesta haverá necessariamente um sacrifício total ou parcial dos interesses da parte, naquela, a solução não traz qualquer sacrifício aos interesses das partes envolvidas no conflito. Para tanto, diferente do que ocorre na autocomposição, em especial a transação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas.

A mera perspectiva de uma solução de conflitos sem qualquer decisão impositiva e que preserve plenamente o interesse de ambas as partes envolvidas no conflito torna a mediação ainda mais interessante que a autocomposição em termos de geração de pacificação social.

Por outro lado, diferente do conciliador, o mediador não propõe soluções do conflito às partes, mas as conduz a descobrirem as suas causas de forma a possibilitar sua remoção e assim chegarem à solução do conflito. Portanto, as partes envolvidas chegam por si sós à solução consensual, tendo o mediador apenas a tarefa de induzi-las a tal ponto de chegada. O sentimento de capacidade que certamente será sentido pelas partes também é aspecto que torna a mediação uma forma alternativa de solução de conflitos bastante atraente.

Não existe qualquer vedação à solução do conflito consumerista por meio da autocomposição, que ocorre, em regra, por meio da transação e, mais raramente, pela mediação. Ainda que se reconheça a natureza de ordem pública e interesse social das normas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, nos termos do art. 1º da Lei 8.078/1990, não parece haver resistência doutrinária séria a respeito da disponibilidade do direito do consumidor individualmente considerado. Dessa forma, qualquer forma de solução do conflito que dependa da vontade do consumidor é legítima.

Registro, entretanto, que, no campo da autocomposição, a forma preferível para a solução do conflito, ainda que nem sempre possível, é a mediação. A solução pela autocomposição, em especial a transação, pode não trazer a tal almejada pacificação social, propagandeada aos quatro cantos como efeito natural da transação (também chamada rotineiramente de conciliação). As ostensivas campanhas capitaneadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como a que tem como título "conciliar é legal", devem ser analisadas com cuidado no campo consumerista.

A pacificação social tem como objetivo precípuo a solução da chamada "lide sociológica"[7]. De nada adianta resolver o conflito no aspecto jurídico, se no aspecto fático persiste a insatisfação das partes, o que naturalmente contribui para a manutenção do estado beligerante entre elas. A solução jurídica da demanda deve necessariamente gerar a pacificação no plano fático, em que os efeitos da jurisdição são suportados pelos jurisdicionados. Daí a visão de que a transação é uma excelente forma de resolver a "lide sociológica", porque o conflito se resolve sem a necessidade de decisão impositiva de um terceiro[8]. No direito consumerista, entretanto, alguns fatores devem ser levados em consideração.

É certo que, em toda transação, as partes envolvidas no conflito devem sacrificar alguma parcela de seu interesse inicial, sem o que não se chega a qualquer solução consensual baseada em sucumbências recíprocas. O problema, em meu entender, é a enorme disparidade existente na maioria das vezes entre fornecedor e consumidor, o que leva a distorções na transação e, por consequência, apesar de resolver o conflito jurídico, fica longe da pacificação social.

Deve se considerar que o fornecedor não só tem o poder econômico em seu favor, como, sendo um litigante contumaz, pode aguentar a absurda demora de um processo judicial. O consumidor, por sua vez, é um litigante eventual, não estando acostumado com as incertezas e demoras do processo. Além disso, invariavelmente não tem condição econômica para suportar anos e anos à espera do reconhecimento e satisfação de seu direito em juízo. Não se discute que o aspecto econômico e da demora no processo são integrantes de qualquer transação, entre quaisquer sujeitos, em qualquer lugar do mundo. Sujeitos em posição econômica assemelhada e que saibam que a solução judicial será fornecida em pouco tempo têm menor disposição para transacionar, mas ainda assim podem preferir a transação. No Brasil, entretanto, as diferenças econômicas entre fornecedores e consumidores é tão significativa, e o processo demora tanto para chegar a um desfecho, que muitas vezes o consumidor é impelido a fazer uma transação que não lhe agrada completamente, firme no princípio de que "é melhor um acordo ruim do que um processo bom".

Quero deixar claro que não sou contra a transação como forma de solução de conflitos nas relações consumeristas, mas que não me deixo levar pela onda de entusiasmo desenfreado pelas alegadas qualidades dessa forma de resolução. Certamente é uma visão romântica, até mesmo ingênua, mas prefiro entender que, se o processo funcionasse de maneira mais adequada, e os consumidores não se encontrassem em situação de dificuldade financeira – quando não de penúria –, as transações poderiam ser mais justas, obtendo-se nesse caso a tão desejada pacificação social.

De qualquer forma, em razão das distorções indicadas, prefiro a mediação nos conflitos consumeristas, porque nesse caso será possível a solução do conflito sem o sacrifício do interesse do consumidor, o que, por si só, gera uma maior probabilidade de resolver a chamada "lide sociológica".

O PLNCPC mostra sua grande preocupação com os equivalentes jurisdicionais já em seu art. 3º. No *caput* do dispositivo, repete-se a promessa constitucional consagrada no art. 5º, XXXV, da CF, de que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Conforme já defendido com a devida profundidade, o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ser analisado à luz do acesso à ordem jurídica justa, o que certamente não será afetado pelo PLNCPC, bem ao contrário.

Nos três parágrafos há previsão dos chamados "meios alternativos" de solução dos conflitos. Registro que não concordo com a parcela doutrinária que prefere renomear a autocomposição e a mediação como "meios adequados" de solução dos conflitos, porque adequado é resolver o conflito, não se podendo afirmar *a priori* ser um meio mais adequado do que outro. Se esses são os meios adequados, o que seria a jurisdição? O meio inadequado de solução de conflitos? Compreendo que atualmente não seja mais apropriado falar em meios alternativos, o que daria uma ideia de subsidiariedade a tais meios de solução de conflitos, mas certamente chamá-los de meios adequados não parece mais conveniente. Por isso será preferível chamá-los simplesmente de equivalentes jurisdicionais.

De qualquer forma, no § 1º está prevista a possibilidade da arbitragem, na forma da lei. No § 2º

tem-se a recomendação de que o Estado promova, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, enquanto o § 3º prevê que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O PLNCPC, entretanto, não ficou apenas em disposições principiológicas, em especial no que se refere às formas consensuais de solução de conflitos. Há um capítulo inteiro destinado a regulamentar a atividade dos conciliares e dos mediadores judiciais (arts. 166-176), inclusive fazendo expressamente a distinção entre conciliação (melhor teria sido usar autocomposição) e mediação.

Nos termos do art. 166, § 3º, do PLNCPC, o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Já o § 4º do mesmo artigo prevê que o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Os princípios que devem nortear a conciliação e a mediação estão previstos no art. 167, *caput*, do PLNCPC: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

Em razão do sigilo que deve nortear o trabalho do conciliador e do mediador, as informações produzidas no curso do procedimento não podem ser utilizadas para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes (§ 1º), estando o conciliador e o mediador proibidos de divulgar e impedidos de depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação (§ 2º). A melhor doutrina lembra que o caráter de sigilo não é absoluto, devendo ser aplicado o art. 1º, I, Anexo III, da Resolução do CNJ 125, que afasta o sigilo na hipótese de expressa autorização das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes.

Nos termos do § 3º, não ofende o principio da imparcialidade a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. O dispositivo garante o ativismo do mediador e conciliador, de forma a não se tornar um mero espectador do debate entre as partes. E o § 4º prevê que a autonomia de vontades se estenda inclusive no tocante à definição das regras procedimentais a serem adotadas na conciliação ou mediação.

Segundo o art. 166, *caput*, do PLNCPC, deverão os tribunais criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, que ficarão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. E, nos termos do § 1º, caberá ao tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça, definir a composição e a organização de tais centros. Já o art. 168 prevê que os tribunais manterão cadastro de conciliadores e mediadores e das câmaras privadas de conciliação e mediação, que conterá o registro dos habilitados, com indicação de sua área profissional.

Como se pode notar, nem sempre haverá uma vinculação direta do conciliador ou mediador com o Poder Judiciário, considerando-se a possibilidade de utilização de membros que componham uma

câmara privada. Essa circunstância só será possível se o tribunal não optar pela criação de um quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público, conforme lhe faculta o art. 168, § 2º, do PLNCPC.

Segundo o art. 175 do PLNCPC, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: (I) dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; (II) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; (III) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Apesar de existirem requisitos para que um sujeito possa ser cadastrado no Tribunal como conciliador ou mediador (art. 168, § 1º), não há no PLNCPC qualquer exigência expressa para o cadastramento das câmaras privadas de conciliação e mediação, havendo apenas uma contrapartida prevista no art. 170, § 2º, com a determinação pelo tribunal do percentual de audiências não remuneradas com o fim de atender aos processos em que haja concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Dos sujeitos que pretendam se cadastrar no Tribunal, passando a integrar os quadros dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, o art. 168, § 1º, do PLNCPC exige ao menos uma capacitação mínima, adquirida por meio de curso realizado por entidade credenciada ou pelo próprio tribunal, conforme parâmetro curricular mínimo definido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Uma vez efetivado o registro, o art. 168, § 2º, determina que o diretor do foro onde atuará o conciliador ou o mediador receba os dados necessários para sua inclusão em lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional. Nos termos do art. 172, no caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

E a atuação dos conciliadores e mediadores poderá ser acompanhada porque o art. 168, § 3º, exige que do cadastro constem todos os dados relevantes de sua atuação, como número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes. Com uma publicação ao menos anual dessas informações, será possível não só avaliar o trabalho feito, bem como colher dados estatísticos que demonstrem a sua produtividade.

As causas de exclusão do cadastro estão previstas no art. 174 do PLNCPC. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que: (I) agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 167, §§ 1º e 2º; (II) atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito. A exclusão depende de decisão proferida em processo administrativo (§ 1º), podendo o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação ou o juiz da causa afastar temporariamente o conciliador e mediador pelo prazo máximo de cento e oitenta dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo (§ 2º).

Registre-se que qualquer sujeito que se mostre capacitado poderá atuar como conciliador ou

mediador, mas, sendo esse sujeito advogado, o art. 168, § 5º, prevê o impedimento do exercício da advocacia nos juízos em que exerça suas funções. E o art. 173 do PLNCPC prevê que o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, o que é importante para se evitar o aliciamento de clientes.

No caso concreto, cabe às partes a escolha, de comum acordo, do conciliador, do mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação (art. 169, *caput*), sendo que nesse caso o escolhido não precisa estar cadastrado junto ao tribunal (art. 169, § 1º). Somente quando não houver acordo entre as partes haverá distribuição entre os cadastrados no registro do Tribunal (art. 169, § 2º). Em qualquer das hipóteses, por acordo das partes ou por imposição do juízo, desde que haja tal necessidade, não só é possível como, nos termos do art. 169, § 3º, é recomendável a designação de mais de um mediador ou conciliador.

O conciliador e mediador não devem atuar em caso de impedimento, devendo tal circunstância ser imediatamente comunicada para que seja indicado outro sujeito para o trabalho (art. 171, *caput*, do PLNCPC). E, uma vez já iniciado os trabalhos, deve ser a atividade interrompida e o conciliador ou mediador substituído (art. 171, parágrafo único, do PLNCPC).

A realização do trabalho desenvolvido pelo conciliador ou mediador é, em regra, remunerada, na forma prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 170, *caput*). Não há, entretanto, óbice para a realização de trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal (art. 170, § 1º).

10.2.3.3. *Arbitragem*

10.2.3.3.1. Generalidades

A arbitragem é antiga forma de solução de conflitos fundada, no passado, na vontade das partes de submeterem a decisão a um determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo, por isso, extremamente valorizadas suas decisões. Assim, surge a arbitragem, figurando como árbitro o ancião ou o líder religioso da comunidade, que intervinha no conflito para resolvê-lo imperativamente.

Atualmente, a arbitragem mantém as principais características de seus primeiros tempos, sendo uma forma alternativa de solução de conflitos fundada basicamente em dois elementos: (i) as partes escolhem um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito de interesses; e (ii) a decisão desse terceiro é impositiva, o que significa que resolve o conflito independentemente da vontade das partes.

A Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) disciplina essa forma de solução de conflitos, privativa dos direitos disponíveis. Registre-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que admite a arbitragem em contratos administrativos envolvendo o Estado, tomando-se por base a distinção entre direito público primário e secundário. Nesse entendimento, para a proteção do interesse público primário (bem da coletividade), o Estado pratica atos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade em prol da coletividade admite a solução por arbitragem.[9]

Após alguma vacilação na doutrina e jurisprudência, venceu a tese mais correta de que a arbitragem não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5.º, XXXV, da CF/1988. O Supremo Tribunal Federal corretamente entendeu que a escolha entre a arbitragem e a jurisdição é absolutamente constitucional, afirmando que a aplicação da garantia constitucional da inafastabilidade é naturalmente condicionada à vontade das partes[10]. Se o próprio direito de ação é disponível, dependendo da vontade do interessado para se concretizar por meio da propositura da demanda judicial, também o será o exercício da jurisdição na solução do conflito de interesse.

Questão interessante a respeito da arbitragem diz respeito a sua genuína natureza de equivalente jurisdicional. Ainda que a doutrina majoritária defenda tal entendimento[11], é preciso lembrar que importante parcela doutrinária defende a natureza jurisdicional da arbitragem, afirmando que, atualmente, a jurisdição se divide em jurisdição estatal, por meio da jurisdição, e jurisdição privada, por meio da arbitragem[12]. Para se ter uma ideia da confusão nesse tocante, bem como da pouca importância prática, registre-se julgado do Superior Tribunal de Justiça que ora trata a arbitragem como equivalente jurisdicional e ora como espécie de jurisdição privada[13].

Para a corrente doutrinária que entende ser a arbitragem uma espécie de jurisdição privada, existem dois argumentos principais: (i) a decisão que resolve a arbitragem é atualmente uma sentença arbitral, não mais necessitando de homologação pelo juiz para ser um título executivo judicial (art. 475-N, IV, do CPC), o que significa a sua equiparação com a sentença judicial; (ii) a sentença arbitral torna-se imutável e indiscutível, fazendo coisa julgada material, considerando-se a impossibilidade de o Poder Judiciário reavaliar seu conteúdo, ficando tal revisão jurisdicional limitada a vícios formais da arbitragem e/ou da sentença arbitral, por meio da ação anulatória prevista pelos arts. 32 e 33 da Lei 9.307/1996.

Independentemente da natureza da arbitragem – solução alternativa de solução de conflitos ou jurisdição privada –, existe interessante polêmica a respeito do cabimento da arbitragem para a solução dos conflitos de natureza consumerista.

10.2.3.3.2. Arbitragem na relação consumerista

O art. 51, VII, do CDC, prevê ser nula de pleno direito a cláusula contratual que determine a utilização compulsória de arbitragem. Por outro lado, o art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996, que regula a arbitragem e é posterior ao Código de Defesa do Consumidor, prevê que, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Aparentemente os dois dispositivos, ainda que interpretados em sua literalidade, podem conviver, até porque nem todo contrato consumerista é de adesão e vice versa. Assim, todo contrato consumerista, de adesão ou não, jamais poderia conter uma cláusula compromissória, enquanto os contratos de adesão não consumeristas só poderiam conter tal espécie de cláusula com os cuidados previstos no art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996. A solução, entretanto, não é tão simples.

Antes de se passar propriamente à análise de como combinar da melhor forma possível os dois dispositivos legais, é importante lembrar, como faz a maioria da doutrina, que a exigência legal contida no art. 4.º, § 2.º, da Lei de Arbitragem é uma ilusão, porque, sendo o contrato de adesão, as

cláusulas serão todas impostas ao aderente. Ainda que se destaque a cláusula, ou mesmo se estabeleça sua redação em separado, sendo o contrato de adesão, será difícil imaginar que a vontade do aderente foi determinante para sua formulação. Seriam, portanto, cuidados ineptos a tutelar efetivamente o aderente.

Nesse sentido as lições de Alexandre Freitas Câmara:

> "Vale lembrar, porém, que no contrato de adesão o aderente simplesmente se submete às cláusulas impostas pelo proponente, o que leva a crer que, em muitos casos, o contrato só será celebrado se o aderente assinar também o documento anexo que institui a cláusula compromissória (ou dê sua assinatura ou visto especialmente para a cláusula compromissória constante, em negrito, do instrumento de contrato)."[14]

Deve-se descartar inicialmente a regra de hermenêutica que determina a prevalência da norma mais nova sobre a mais antiga, até mesmo porque as normas do Código de Defesa do Consumidor têm natureza de ordem pública, nos termos do art. 1.º da Lei 8.078/1990. Ademais, conforme já exposto, não são normas que versam rigorosamente sobre o mesmo tema, havendo, quando muito, pontos de contato entre ambas.

Não é difícil imaginar a razão de ser da regra prevista no art. 51, VII, do CDC. Sendo o fornecedor aquele que tem mais força na relação contratual, é fácil presumir a imposição ao consumidor não só da cláusula compromissória, como também a escolha do árbitro e a forma de solução a ser dada ao conflito, que poderá até mesmo seguir a regra da equidade, nos termos dos arts. 2.º e 11, II, da Lei 9.307/1996. A respeito do tema, vale a transcrição das lições de Joel Dias Figueira Jr.:

> "Havemos ainda de assinalar que o problema objeto desta análise não reside propriamente no instituto jurídico da arbitragem, mas sim na sua inadequação, ou melhor, na pouca ou imperfeita compatibilidade para solucionar os conflitos de consumo, em face das regras e princípios orientadores dessas relações, notadamente o desequilíbrio que se constata em quase a totalidade dos contratos, em que o consumidor aparece como parte desproporcionalmente mais fraca em relação ao produtor ou fornecedor, por razões multifacetadas (...)"[15].

Ainda que se desvirtue parcialmente o contrato de adesão, há corrente doutrinária que entende ser compatível a aplicação do art. 4.º, § 2.º, da Lei de Arbitragem, ainda que excepcionalmente, a contratos de adesão consumeristas. A excepcional hipótese seria contemplada por se estabelecer uma arbitragem voluntária, o que seria suficiente para afastar a aplicação do art. 51, VII, do CDC, que prevê ser nula de pleno direito apenas a cláusula que estabelece compulsoriamente a arbitragem no contrato de adesão.

Para Luiz Antonio Rizzatto Nunes, quando o consumidor for pessoa jurídica de grande porte e negociar, por meio de seu corpo de advogados ou assessoria jurídica as condições da cláusula compromissória, não se poderia apontar qualquer nulidade na avença entre as partes. Para o jurista, "esse é o mínimo da equivalência necessária entre as partes para que se possa discutir de forma equilibrada e consciente as cláusulas contratuais relativas à arbitragem"[16].

Não vejo como discordar de tais lições, embora seja necessário se considerar que a situação descrita é de extrema raridade. O mais comum é o consumidor ser praticamente obrigado a assinar o contrato, sendo esse de adesão ou não. E nesses casos, que são os mais comuns, deve se considerar nula de pleno direito a cláusula compromissória?

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, sendo a cláusula imposta ao consumidor, o que ordinariamente se verifica nos contratos de adesão, aplica-se o art. 51, VII, do CDC, admitindo a nulidade de pleno direito da cláusula compromissória[17]. No mesmo sentido existem lições doutrinárias, sempre preocupadas com a imposição de vontade unilateral do fornecedor, a afastar a jurisdição como forma de solução dos conflitos consumeristas[18]. Mas já há decisão daquele tribunal que entende ser inviável apenas a celebração de cláusula compromissória, de forma que o compromisso arbitral pode ser livremente celebrado.[19]

Por outro lado, existe corrente doutrinária que defende a inaplicabilidade da regra prevista no art. 51, VII, do CDC, sempre que restar comprovado que a cláusula não foi imposta unilateralmente pelo fornecedor. Para Nelson Nery Jr., o art. 4.º, § 2.º, da Lei de Arbitragem "não é incompatível com o CDC, art. 51, VII, razão pela qual ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente. Com isso queremos dizer que é possível, nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo (*gré à gré*)"[20].

Acredito que as lições só têm aplicação prática nos contratos consumeristas que não sejam de adesão, nos quais excepcionalmente a vontade do consumidor na formulação das cláusulas é respeitada. Não vejo praticamente como crível um contrato de adesão em que o fornecedor tenha dado liberdade contratual ao consumidor-aderente tão somente no tocante à cláusula arbitral. Insisto que, na praxe forense, os contratos de adesão consumeristas não deixam qualquer brecha para criação por parte do consumidor, que ou assina o contrato como lhe é apresentado ou simplesmente deixa de assinar.

Por essa razão, prefiro a corrente doutrinária que defende a possibilidade de afastamento do art. 51, VII, do CDC, a depender do caso concreto. Ainda que o consumidor não tenha tido qualquer participação na formulação da cláusula arbitral, caso tenha consciência do que representa a solução pela via arbitral e, no momento de solução do conflito, não se oponha à solução por esse meio alternativo, não vejo porque considerar nula de pleno direito a cláusula contratual.

Nas felizes palavras de Joel Dias Figueira Jr., "em linha de princípio, a cláusula compromissória cheia ou vazia inserida em contrato de adesão ou padrão, com a observância dos parcos e insignificantes requisitos assinalados no § 2.º do art. 4.º da LA, é válida e eficaz entre as partes contratantes se e quando o consumidor concordar, em tempo oportuno, isto é, quando surgido o conflito entre as partes e o objeto for o inadimplemento do mesmo contrato, em instituir o juízo arbitral, mediante definição bilateral, voluntária e equitativa do termo de compromisso a ser firmado, conforme art. 10 da Lei 9.307/1996"[21].

Exatamente por essa razão, entendo não ser aplicável o art. 51, VII, do CDC ao compromisso arbitral, que, diferentemente da cláusula compromissória[22], depende da vontade de ambas as partes, depois de já instaurado o conflito entre elas. Nesse caso, mesmo derivando a crise jurídica de um contrato de adesão consumerista, o fornecedor não poderá impor ao consumidor a celebração do compromisso arbitral. Como o consumidor é capaz, ainda que hipossuficiente, podendo inclusive renunciar ao seu direito material, não vejo como impedir que opte livremente pela arbitragem na solução de seu conflito[23].

Em síntese conclusiva, entendo que a cláusula arbitral imposta pelo fornecedor no contrato de adesão não deve ser considerada nula de pleno direito, mesmo diante da previsão do art. 51, VII, do

CDC. Melhor será permitir ao consumidor escolher entre seguir na arbitragem ou rumar para o processo jurisdicional, hipótese em que o juiz decidirá pela nulidade da cláusula arbitral e julgará normalmente a demanda judicial. Esse entendimento, inclusive, preserva o consumidor quando o fornecedor alegar a nulidade de pleno direito da cláusula para escapar da arbitragem, ainda que desejada pelo consumidor.

10.3. TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

10.3.1. Introdução

O título III, do CDC, intitulado "Da defesa do consumidor em juízo", trata de temas referentes tanto à defesa individual como coletiva do consumidor, havendo dispositivos que são voltados exclusivamente à tutela coletiva, como é o caso dos arts. 81, parágrafo único, 82 e 87, e outros que podem ser aplicados tanto à tutela coletiva como à tutela individual, como é o caso do art. 81, *caput*, 83, 84, 88 e 90. No presente capítulo se desenvolverá a análise do art. 84 do CDC, que, no ano de 1990, foi considerado uma interessante inovação no tocante à tutela inibitória no âmbito do direito consumerista.

Registre-se que, quatro anos após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.952/1994 alterou a redação do art. 461 do CPC, dando a esse dispositivo o mesmo teor do art. 84 do CDC. Interessante notar que, tratando do mesmo tema, mas de forma mais ampla, já que aplicável a qualquer processo judicial, independentemente da natureza da relação jurídica de direito material discutida, o art. 461 do CPC passou por modernização que estranhamente não atingiu o art. 84 do CDC. Essa circunstância faz com que, mesmo tratando-se de direito consumerista, seja indispensável a aplicação do art. 461 do CPC no tocante às novidades que não estão contidas no art. 84 do CDC.

10.3.2. Tutela jurisdicional

Por tutela jurisdicional entende-se a proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão da lesão ou ameaça de lesão a um direito material. Como se pode notar desse singelo conceito, a tutela jurisdicional é voltada para o direito material, daí ser correta a expressão "tutela jurisdicional de direitos materiais". Assim como a jurisdição, a tutela jurisdicional é una e indivisível, mas academicamente permite-se sua classificação em diversas espécies, bastando para tanto a adoção de diferentes critérios, interessando ao presente capítulo especificamente dois deles.

10.3.2.1. Tutela jurisdicional específica

Tomando-se por base o critério da coincidência de resultados gerados pela prestação da tutela jurisdicional com os resultados que seriam gerados pela satisfação voluntária da obrigação, a tutela jurisdicional pode ser classificada em *tutela específica* e *tutela pelo equivalente em dinheiro*. Na primeira, a satisfação gerada pela prestação jurisdicional é exatamente a mesma que seria gerada

com o cumprimento voluntário da obrigação, enquanto na segunda a tutela jurisdicional prestada é diferente da natureza da obrigação e, por consequência, cria um resultado distinto daquele que seria criado com a sua satisfação voluntária.

A tutela específica é preferível à tutela pelo equivalente em dinheiro, porque essa espécie de tutela é a única que entrega ao vitorioso exatamente aquilo que ele obteria se não precisasse do processo, em razão do cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor. É a consagração do antigo brocardo consagrado por Chiovenda, de que o processo será tanto melhor quanto mais aproximar seus resultados daqueles que seriam gerados pelo cumprimento voluntário da obrigação (princípio da maior coincidência possível). Ocorre, entretanto, que a preferência da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente em dinheiro está condicionada à vontade do demandante, que poderá optar pela segunda espécie de tutela se assim desejar, bem como diante da impossibilidade material de obtenção da tutela específica[24]. Para parcela da doutrina, ainda que possível, a tutela específica pode ser excluída quando não for justificável ou racional em razão de sua excessiva onerosidade[25].

O art. 84, do CDC, tanto em seu *caput* como no § 1.º, demonstra de forma clara a opção do legislador pela tutela específica, reservando à tutela reparatória uma posição secundária no âmbito da satisfação judicial de obrigações. O § 1.º, em especial, prevê que a conversão em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente ao cumprimento voluntário da obrigação, sendo que o Superior Tribunal de Justiça também permite a conversão quando a obtenção da tutela específica for extremamente onerosa ao devedor.

Tratando-se de obrigação inadimplida de fazer e de não fazer, espécies de obrigações tuteladas pelo dispositivo legal comentado, é possível a tutela ser prestada tanto de forma específica como pelo equivalente em dinheiro, sendo essencial verificar a natureza do inadimplemento. Sendo o inadimplemento definitivo, o que significa dizer que não existe mais a possibilidade de cumprimento da obrigação, a única tutela jurisdicional possível será a tutela pelo equivalente em dinheiro. Caso ainda exista a possibilidade de cumprimento, quando haverá somente um retardamento no cumprimento da prestação, a tutela poderá ser prestada de forma específica, desde que esse ainda seja o interesse do credor.

10.3.2.2. *Tutela inibitória*

Adotando-se o critério da natureza jurídica dos resultados jurídico-materiais, a tutela jurisdicional é dividida em duas espécies: tutela preventiva (tradicionalmente chamada de inibitória) e tutela reparatória (ressarcitória), sendo a primeira uma tutela jurisdicional voltada para o futuro, visando evitar a prática de ato ilícito, enquanto a segunda está voltada para o passado, visando o restabelecimento patrimonial do sujeito vitimado pela prática de um ato ilícito danoso.

A tutela preventiva é sempre voltada para o futuro, com o porvir, tendo como objetivo impedir a prática de um ato ilícito, o que pode ocorrer de três formas:

(a) evitar a prática originária do ato ilícito, ou seja, impedir em absoluto a ocorrência de tal ato, hipótese na qual a tutela reparatória será conhecida como *tutela inibitória pura*;

(b) impedir a continuação do ato ilícito, na hipótese de ato ilícito continuado;

(c) impedir a repetição de prática de ato ilícito.

Importante notar que, mesmo que exista ato ilícito já praticado, a tutela preventiva não é voltada para essa realidade, que já faz parte do passado e, portanto, será objeto da tutela reparatória. Sempre voltada para o futuro, a tutela preventiva não diz respeito e tampouco gera seus efeitos sobre aquilo que já ocorreu. A tutela preventiva, apesar de reconhecer o passado, é sempre voltada para o futuro, deixando o já ocorrido a cargo da tutela reparatória. É interessante anotar, inclusive, que a tutela preventiva e a tutela reparatória podem ser objeto de pretensão de um mesmo demandante num mesmo processo. O Ministério Público pode pedir a condenação do réu a parar com a poluição e a reparar o meio ambiente já lesado pela prática do ato ilícito, enquanto uma empresa pode pedir a proibição de veiculação de propaganda ofensiva a seu nome, bem como a condenação pelos danos já suportados pela propaganda já veiculada.

A tese da tutela inibitória funda-se na exata definição de ato ilícito, cuja prática se pretende evitar. Durante muito tempo, condicionou-se a prestação de tutela jurisdicional à existência de um dano, o que até se justificava à época em que se imaginava ser a tutela reparatória a única existente. A dificuldade pode ser facilmente percebida pelo art. 186 do CC, que, ao conceituar o ato ilícito, indica a necessidade da presença de três elementos: contrariedade ao direito, culpa ou dolo e dano. A imprecisão do dispositivo é evidente, considerando-se que o ato ilícito é tão somente o ato contrário ao direito, sendo alheios ao seu conceito os elementos da culpa ou dolo e do dano. O art. 186 do CC não conceitua o ato ilícito, descreve os elementos necessários para a obtenção da tutela reparatória.

Dessa forma, a tutela reparatória, sempre voltada para o passado, buscando a reparação do prejudicado, demanda ao menos dois elementos: *ato contrário ao direito* e *dano*, considerando-se que mesmo na tutela reparatória a culpa ou o dolo podem ser dispensados na hipótese de responsabilidade objetiva. A tutela inibitória, sempre voltada para o futuro, buscando evitar a prática do ato ilícito, preocupa-se exclusivamente com o ato contrário ao direito, sendo-lhe irrelevante a culpa ou o dolo e o dano[26].

Cumpre lembrar a tese inteligentemente defendida por Marinoni, que diferencia a tutela inibitória da tutela de remoção do ilícito, reconhecendo que ambas são tutelas preventivas, voltadas para o futuro. Para o processualista paranaense, existe uma diferença entre efeitos continuados do ato ilícito e a prática continuada do ilícito. Na hipótese de o ato ser continuado, é possível imaginar uma tutela que impeça sua continuação, sendo o caso de tutela inibitória. Por outro lado, é possível que o ato ilícito faça parte do passado, não mais existindo, o que não se pode afirmar quanto aos seus efeitos, que continuam a ser gerados. Nessa hipótese, não se pode falar em evitar a continuação do ato, porque o ato ilícito já foi praticado na sua totalidade, por exemplo, no caso de uma propaganda enganosa que já foi realizada e continua a gerar seus efeitos. Será o caso de tutela de remoção do ilícito[27].

A exata determinação do que seja tutela inibitória é de extrema importância para o art. 84 do CDC, porque existe uma indissolúvel relação entre a tutela específica, consagrada no dispositivo consumerista ora comentado, e a tutela inibitória. Na realidade, a tutela inibitória é sempre tutela específica porque, ao evitar a prática do ato ilícito, mantém-se o *status quo*, conseguindo o demandante a criação de uma situação que será exatamente a mesma que seria criada caso o

demandado tivesse voluntariamente deixado de praticar o ato ilícito. O resultado da tutela inibitória sempre será idêntico àquele que seria criado com o voluntário cumprimento da obrigação[28].

10.3.3. Procedimento previsto pelo art. 84 do CDC

10.3.3.1. Introdução

O art. 84 do CDC, exatamente como faz o art. 461 do CPC, não cria um novo procedimento no sistema processual, apenas prevê algumas técnicas procedimentais para a efetiva tutela do titular de direito que tenha como objeto obrigações de fazer e não fazer. São, entretanto, regras de extrema relevância que merecem análise mais aprofundada.

10.3.3.2. Obtenção de tutela específica ou determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento

O art. 84, *caput*, prevê nas obrigações de fazer e não fazer a possibilidade de o juiz conceder a tutela específica ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação. Como demonstra a melhor doutrina, o texto legal faz parecer que tutela específica e resultado equivalente são espécies diferentes de tutela jurisdicional, quando, na realidade, a liberdade concedida ao juiz para a obtenção do resultado prático equivalente é voltada justamente para a obtenção da tutela específica dos direitos materiais[29].

O dispositivo legal ora comentado, portanto, não prevê duas espécies de tutela jurisdicional, mas apenas duas maneiras de se atingir a desejada tutela específica da obrigação. Quando menciona a tutela específica, quer dizer o acolhimento do pedido do autor, exatamente como formulado na petição inicial, e quando menciona o resultado prático equivalente ao adimplemento, apenas permite ao juiz que conceda algo que não foi expressamente pedido pelo autor, mas que gerará no plano prático a mesma situação que seria gerada com o acolhimento do pedido.

Como ensina a melhor doutrina, o dispositivo não prevê duas diferentes espécies de tutela, apenas excepciona o princípio da correlação consagrado no art. 460 do CPC:

> "Outra importantíssima ressalva à limitação da tutela jurisdicional aos termos do pedido está no art. 461, *caput*, do Código de Processo Civil, que disciplina a tutela jurisdicional relativa às obrigações de fazer ou de não fazer (v. também art. 84, CDC). Esse é o significado do poder-dever, atribuído ao juiz, de determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento"[30].

No tocante a execução de decisão judicial executável que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer e de não fazer, o art. 550 do PLNCPC pretende substituir o art. 461 do CPC/1973, o que deve também afetar o art. 84 do CDC.

A redação do *caput* de cada dispositivo é diferente: enquanto no art. 461 há previsão de que o juiz pode conceder a tutela específica ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, no art. 550 há previsão de que o juiz pode adotar medidas executivas para a efetivação da tutela especifica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático

equivalente. A redação atual de fato é ruim, mas a do art. 550 do PLNCPC não parece muito melhor.

O texto do art. 461 do CPC faz parecer que tutela específica e resultado equivalente são espécies diferentes de tutela jurisdicional, quando, na realidade, a liberdade concedida ao juiz para a obtenção do resultado prático equivalente é voltada justamente para a obtenção da tutela específica dos direitos materiais.[31] O texto do art. 550 do PLNCPC parece resolver esse problema, mas, ao centralizar a liberdade do juiz na execução da obrigação, parece vincular o juiz ao pedido do autor, não admitindo, dessa forma, que o juiz conceda tutela diferente da pedida, ainda que dela resulte um resultado prático ao que seria gerado com o acolhimento do pedido.

Ainda que o texto do projeto de lei não seja feliz ao centralizar a execução da obrigação, naturalmente posterior a sua fixação em sentença, continuo a acreditar que a norma permitirá a conclusão no sentido de excepcionar-se o princípio da adstrição nos pedidos condenatórios de obrigação de fazer e não fazer, podendo o juiz conceder tutela diferente daquela pedida pelo autor, desde que sua efetivação gere, na prática, um resultado equivalente ao que seria gerado com o acolhimento da tutela pedida expressamente pelo autor.[32]

10.3.3.3. *Conversão em perdas e danos*

A conversão da obrigação em perdas e danos prevista no art. 84, § 1.º, CDC, nada mais é que a substituição da tutela específica pela tutela pelo equivalente em dinheiro. Segundo o dispositivo legal, existem duas causas dessa conversão: a vontade do credor e a impossibilidade material de satisfação da obrigação em sua forma específica.

Quando a causa de conversão da obrigação em perdas e danos for da vontade do credor, fica claro o princípio dispositivo que ainda é predominante no processo civil brasileiro, por mais poderes que venham sendo atribuídos aos juízes no exercício de sua função jurisdicional. Compreende-se que a melhor forma possível de tutela é a específica, mas essa circunstância não é o suficiente para impor ao titular do direito a obtenção dessa espécie de tutela, podendo, portanto, por qualquer razão, preferir receber o equivalente em dinheiro.

Como bem lembrado pela doutrina, "segundo o § 1.º do art. 461, o autor pode pleitear desde logo as perdas e danos. A hipótese salvaguarda a vontade do autor e indica que a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente (mesmo quando possível) nem sempre é impositiva para o Magistrado"[33].

Apesar de o art. 84, § 1.º, do CDC expressamente mencionar o autor como titular da vontade da conversão em perdas e danos, que só existirá quando já houver processo em trâmite, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de admitir a conversão mesmo antes da propositura da ação:

> "Processo civil. Dação de imóveis em pagamento de dívida contraída. Obrigação de fazer, e não de dar coisa certa. Conversão, por opção do autor, em perdas e danos. Possibilidade. Inteligência do arts. 880 e 881 do CC/1916, e 461, § 1.º, do CPC. A obrigação, assumida pela construtora de um empreendimento imobiliário, de remunerar a proprietária do terreno mediante a dação em pagamento de unidades ideais com área correspondente a 25% do total construído qualifica-se como obrigação de fazer, e não como obrigação de dar coisa certa. Como consequência, o inadimplemento dessa obrigação, representado pelo acréscimo de área ao imóvel sem o conhecimento da proprietária e, consequentemente, sem que lhe tenha sido feito o correspondente pagamento, dá lugar à incidência dos arts. 461, § 1.º, do CPC, e 880 e 881, do CC/1916, possibilitando a escolha, pelo credor, entre requerer o adimplemento específico da obrigação ou a respectiva conversão em perdas e danos. A quitação, dada pelo credor mediante escritura pública, da obrigação de dação em pagamento de 25% da área construída no

imóvel, não pode abranger os acréscimos de áreas feitos posteriormente sem o conhecimento do credor. A interpretação da quitação, dada pelo Tribunal de origem, não pode ser revista nesta sede em função do que determina a Súmula 5/STJ. O pedido de 'declaração da reformulação do projeto inicial' de um edifício é declaração de fato, e não de relação jurídica, de forma que o seu não acolhimento encontra-se em consonância com a regra do art. 4.º do CPC. A formulação de pedido sucessivo deve ser levada em consideração no momento da fixação dos honorários advocatícios. Recurso especial da ré não conhecido, e recurso especial do autor provido para o fim de restabelecer a sentença no que diz respeito aos honorários advocatícios" (STJ – REsp 598.233/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – Rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi – j. 02.08.2005 – *DJ* 29.08.2005, p. 332).

Já havendo processo em trâmite, a preferência do autor pela obtenção de tutela pelo equivalente em dinheiro pode se expressar tanto durante a fase de conhecimento como na fase/processo de execução. No primeiro caso, será admitida a eventual adaptação da causa de pedir, excepcionando-se até mesmo o rigor da regra prevista no art. 264 do CPC. No segundo caso, bastará a realização de uma liquidação incidental para a determinação do valor devido, seguindo-se a partir desse momento o procedimento da execução por quantia certa[34].

Como segunda causa para a conversão da obrigação em perdas e danos, o art. 84, § 1.º do CDC, prevê a impossibilidade de cumprimento da obrigação. Nas obrigações de fazer e de não fazer, o essencial é verificar a natureza do inadimplemento. Sendo o inadimplemento definitivo, o que significa dizer que não existe mais a possibilidade de cumprimento da obrigação, a única tutela jurisdicional possível será a tutela pelo equivalente em dinheiro. Caso ainda exista a possibilidade de cumprimento, quando haverá somente um retardamento no cumprimento da prestação, a tutela poderá ser prestada de forma específica, desde que esse ainda seja o interesse do credor.

A impossibilidade pode surgir antes da propositura da ação, de forma que o credor já ingresse com processo que tenha como objeto uma obrigação de pagar quantia certa, inclusive execução com base em título executivo que tenha como objeto obrigação de fazer ou de não fazer[35]. A impossibilidade também poderá ser consequência de fato ou ato ocorrido durante o trâmite procedimental, tanto na fase de conhecimento como na de execução. A respeito do tema, as corretas lições de Cássio Scarpinella Bueno, que, apesar de terem como objeto o art. 461 do CPC, são totalmente aplicáveis ao art. 84 do CDC:

"É possível ao autor pedir as perdas e danos no lugar da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou cumular os pedidos nos moldes do art. 289 (cumulação eventual) no caso de, supervenientemente à propositura da ação, o específico comportamento já não ser mais passível de obtenção. Mesmo sem pedido na inicial, a condenação em perdas e danos não é *extra petita* se, durante a ação, tornar-se impossível a obrigação pleiteada. Prevalecem, para a hipótese, as regras dos arts. 633 e 643, parágrafo único, bem assim o art. 462"[36].

Registre-se, por fim, a existência de corrente doutrinária que aponta para uma terceira causa para a conversão em perdas e danos, além das duas consagradas no texto legal. Para essa parcela da doutrina, ainda que possível, a tutela específica pode ser excluída quando não for justificável ou racional em razão de sua excessiva onerosidade[37]. Nesse caso, ainda que a vontade do autor seja a obtenção da tutela específica, o juiz poderá converter a obrigação em perdas e danos. Há decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

"Recurso especial. Civil. Processual civil. Locação. Violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. Súmula 284/STF. Súmulas 5 E 7/STJ. Inaplicabilidade. Contrato de locação. Natureza. Irrelevância para a concessão de tutela específica. Arts. 461 e 461-A do diploma processual. Norma plúrima de aplicação conjunta. Óbices fáticos e contratuais ao cumprimento

específico. Conversão em perdas e danos. Cálculo na forma de lucros cessantes. Cabimento. Desnecessidade de prova pericial. Prazo total de 10 anos. Manutenção dos critérios fixados na sentença. Honorários advocatícios. Fixação sobre o valor da condenação. (...) 5. Todavia, no caso, há dois óbices fáticos ao cumprimento específico da obrigação, quais sejam, a instalação de outra loja com o mesmo objetivo no mesmo local (hall do Hotel Marriott no Rio de Janeiro) e a informação lançada pelo acórdão recorrido de que no local em que seria instalada a loja da recorrente há hoje um Bar em funcionamento. 6. Ademais, em consonância com o primeiro óbice fático apontado, tem-se que há dois contratos firmados com cláusula de exclusividade, com o mesmo objetivo, pela mesma contratante com locatários diversos, denotando a impossibilidade contratual de se determinar o cumprimento da obrigação específica. 7. Portanto, o cumprimento específico da obrigação, no caso, demandaria uma onerosidade muito maior do que o prejuízo já experimentado pela recorrente, razão pela qual não se pode impor o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a opção por esta modalidade de ressarcimento, devendo, na forma do que determina o art. 461, § 1.º, do Código de Processo Civil, ser convertida a obrigação em perdas e danos. Doutrina (...)" (STJ – REsp 898184/RJ – Sexta Turma – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 24.06.2008 – *DJE* 04.08.2008).

10.3.3.4. *Tutela de urgência*

A doutrina majoritária divide a tutela de urgência em duas espécies: tutela cautelar e tutela antecipada. Na realidade, no âmbito da tutela de urgência, também é necessário destacar a importância da liminar, termo equivocado que pode ser utilizado como espécie de tutela de urgência satisfativa ou para designar o momento de concessão de uma espécie de tutela de urgência.

Valendo-se da origem no latim (*liminaris*, de *limen*), o termo "liminar" pode ser utilizado para designar algo que se faça inicialmente, logo no início. O termo liminar, nesse sentido, significa limiar, soleira, entrada, sendo aplicado a atos praticados *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do demandado. Aplicado às espécies de tutelas de urgência, a liminar, nesse sentido, significa a concessão de uma tutela antecipada ou de uma tutela cautelar antes da citação do demandado. A liminar assumiria, portanto, uma característica meramente topológica, levando-se em conta somente o momento de prolação da tutela de urgência, e não o seu conteúdo, função ou natureza[38].

Por outro lado, é preciso reconhecer que, no momento anterior à adoção da tutela antecipada pelo nosso sistema processual, as liminares eram consideradas uma espécie de tutela de urgência, sendo a única forma prevista em lei para a obtenção de uma tutela de urgência satisfativa. Nesses termos, sempre que prevista expressamente em um determinado procedimento, o termo "liminar" assume a condição de espécie de tutela de urgência satisfativa específica[39]. Seriam, assim, três as espécies de tutela de urgência:

(a) tutela cautelar, genérica para assegurar a utilidade do resultado final;
(b) tutela antecipada, genérica para satisfazer faticamente o direito;
(c) tutela liminar, específica para satisfazer faticamente o direito.

Em feliz expressão doutrinária, a tutela antecipada é a generalização das liminares[40]. Pretendendo a parte obter uma tutela de urgência satisfativa e havendo uma expressa previsão de liminar no procedimento adotado, o correto é requerer a concessão dessa liminar, inclusive demonstrando os requisitos específicos para a sua concessão; não havendo tal previsão, a parte valer-se-á da tutela antecipada, que em razão de sua generalidade e amplitude não fica condicionada a determinados procedimentos. Em resumo: caberá tutela antecipada quando não houver previsão de liminar. Um excelente exemplo é a ação possessória: sendo de posse nova, cabe o pedido de liminar, porque

previsto em lei (arts. 924 e 928 do CPC), mas sendo de posse velha, não há previsão legal de liminar, restando ao autor o direito à obtenção da tutela antecipada, desde que preenchidos os requisitos[41]. Naturalmente, sendo ambas as tutelas de urgência de mesma natureza, a aplicação do princípio da fungibilidade se impõe.

Como afirmado, sempre que exista a expressa previsão de liminar num determinado procedimento, estar-se-á diante de uma espécie de tutela de urgência satisfativa. Parece ser exatamente o que ocorre no art. 84, § 3.º, do CDC, que ao prever a possibilidade de concessão da tutela liminarmente ou após a realização de audiência de justificação prévia, dá a entender tratar-se de espécie de tutela de urgência específica das obrigações de fazer e não fazer no âmbito do direito consumerista.

A tentativa de se distinguir a liminar ora analisada da tutela antecipada tem um propósito claro: tratamento diferenciado quanto aos requisitos exigidos para a concessão da tutela de urgência.

É bem verdade que não existe qualquer diferença entre o perigo de grave lesão de difícil ou incerta reparação previsto pelo art. 273, I, do CPC e o perigo de ineficácia do provimento final previsto no art. 84, § 3.º, do CDC. Apesar das diferenças nas nomenclaturas, *as expressões* representam exatamente o mesmo fenômeno: o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva funcionando como inimigo da efetividade dessa tutela. Em outras palavras, tanto na liminar do art. 84, § 3.º, do CDC, quanto na tutela antecipada de urgência caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do provável perecimento de seu direito.

Já no tocante ao outro requisito exigido para a concessão de tutela de urgência satisfativa, é possível se verificar importante diferença, o que pode embasar a conclusão de ser mais fácil no caso concreto ao consumidor a obtenção da liminar do que da tutela antecipada. A relevância do fundamento da demanda prevista no art. 84, § 3.º, do CDC, parece exigir menos da parte que a prova inequívoca da verossimilhança da alegação prevista no art. 273, *caput*, do CPC.

A interpretação literal do art. 273, *caput*, do CPC certamente levará o operador a uma conclusão no mínimo paradoxal, considerando-se que o termo inequívoco significa aquilo de que não se tem mais dúvida, que não admite mais discussão, o que é, naturalmente, incompatível com a ideia de verossimilhança, que cuida tão somente da aparência da verdade, e, evidentemente, nada tem de certo ou inequívoco, podendo vir a se demonstrar falsa a primeira impressão a respeito dos fatos. É nesse clima de aparente incompatibilidade entre os termos "inequívoca" e "verossimilhança" que deve ser interpretado o dispositivo legal ora comentado.

Não parece ser correto o entendimento de que a exigência de uma prova inequívoca demandaria a existência de uma prova no caso concreto, que já seria suficiente para o juiz decidir de forma definitiva a demanda judicial[42]. Esse entendimento, além de sacrificar a amplitude necessária para a aplicação da tutela antecipada – de urgência e sancionatória –, despreza por completo a segunda parte do requisito legal, que menciona expressamente a verossimilhança da alegação, ou seja, não exige do magistrado um juízo de certeza a respeito dos fatos, mas tão somente de probabilidade.

É preciso lembrar que a verdade é algo meramente utópico e inalcançável, não sendo diferente no processo judicial, no qual a melhor doutrina aponta que a certeza adquirida pelo juiz no momento da prolação de sua decisão definitiva decorre de uma aparência da verdade gerada justamente pela

prova produzida. Ainda que não seja possível falar em obtenção da verdade para o julgamento definitivo, a questão da verossimilhança estará sempre ligada à mera alegação de fato, enquanto a aparência da verdade exigida para o julgamento definitivo estará fundada na prova efetivamente produzida no caso concreto[43]. Dessa forma, estar-se-ia diante de duas espécies diferentes de aparência da verdade:

(i) verossimilhança, bastando para tanto a alegação de um mero fato que aparente ser verdadeiro, e
(ii) verdade possível – ou quase-verdade –, decorrendo a aparência da verdade justamente das provas produzidas no processo.

Na hipótese do requisito ora analisado, é preciso observar que o legislador fica no meio-termo entre exigir do autor apenas a verossimilhança de sua alegação, ou desde já toda a prova necessária para preencher o requisito da quase verdade, exigido como forma de legitimação da decisão definitiva a ser proferida no processo. Parece haver duas exigências diversas no requisito legal ora analisado: em primeiro lugar, deverá existir uma alegação de fato que aparentemente seja verdadeira, tomando-se por base para essa análise as *máximas de experiência*, ou seja, aquilo que costuma ocorrer. Em segundo lugar, se exigirá uma prova que corrobore a alegação que já parece ser verdadeira, sem que com isso seja exigida do autor uma produção probatória exaustiva que aproxime o máximo possível o juiz da verdade, naquilo que parcela da doutrina convencionou chamar de verdade possível ou quase verdade.

Significa dizer que, além de a alegação parecer verdadeira, deverá existir uma prova forte suficiente para confirmar, ao menos na cognição sumária a ser realizada pelo juiz, que aquela alegação fática parece ser realmente verdadeira[44]. É evidente que aquilo que parece ser verdadeiro, mesmo que corroborado por uma prova, poderá se mostrar falso conforme a cognição do juiz se aprofundar no caso concreto. De qualquer forma, a existência de prova a corroborar a alegação de fato que por si só já parece ser verdadeiro gera uma grande probabilidade de a alegação realmente ser verdadeira, o que já é suficiente para a concessão da tutela antecipada.

A relevância da fundamentação da demanda não decorre de nenhuma prova formalmente perfeita que corrobore a alegação do autor, bastando que suas alegações, ainda que desprovidas de provas, convençam o juiz da probabilidade de sua vitória judicial. Parece, à evidência, algo menos robusto em termos de convencimento sumário do juiz que a prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Seria, portanto, mais fácil ao consumidor pedir a tutela de urgência nas demandas que tenham como objeto as obrigações de fazer e não fazer, nos termos do art. 84, § 3.º, do CDC, e não do art. 273, *caput* e I, do CPC.

Curiosamente, entretanto, esse cuidado não é tomado, tratando-se da tutela de urgência nessas espécies de obrigação da mesma forma que genericamente se trata de todas as espécies de obrigação: tutela antecipada do art. 273 do CPC. O próprio Superior Tribunal de Justiça parece não fazer qualquer distinção, sendo comum a prolação de decisões que falam em tutela antecipada nas obrigações de fazer e não fazer:

> "Processo civil. Execução de obrigação de fazer. Antecipação de tutela. Multa cominatória. CPC, art. 461, §§ 3.º e 4.º. Não cumprimento. Sentença de improcedência superveniente. Inexigibilidade da multa fixada em antecipação de tutela. I. A antecipação dos efeitos da tutela, conquanto produza efeitos imediatos à época do deferimento, possui a natureza de provimento antecipatório, no aguardo do julgamento definitivo da tutela jurisdicional pleiteada, que se dá na sentença, de modo que, no caso de procedência, a antecipação resta consolidada, produzindo seus efeitos desde o momento de execução da antecipação, mas,

sobrevindo a improcedência, transitada em julgado, a tutela antecipada perde eficácia, cancelando-se para todos os efeitos, inclusive quanto à multa aplicada (*astreinte*). II. O instituto da antecipação da tutela implica risco para autor e réu, indo à conta e risco de ambos as consequências do cumprimento ou do descumprimento, subordinado à procedência do pedido no julgamento definitivo, que se consolida ao trânsito em julgado. III. A multa diária fixada antecipadamente ou na sentença, consoante CPC, art. 461, §§ 3.º e 4.º só será exigível após o trânsito em julgado da sentença que julga procedente a ação, sendo devida, todavia, desde o dia em que se deu o descumprimento. IV. Recurso Especial improvido" (STJ – REsp 1016375/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti Moura – j. 08.02.2011 – *DJE* 21.02.2011).[45]

O PLNCPC não trata da liminar, mas torna uniforme o tratamento procedimental da tutela cautelar e da tutela antecipada, embora mantenha a diferença entre suas naturezas jurídicas: garantidora no primeiro caso e satisfativa no segundo. Segundo o art. 295, *caput*, inclusive, haverá mudança – desnecessária – do nome dessas tutelas: ambas passam a ser chamadas de tutela antecipada, que poderá ser satisfativa ou cautelar. A uniformização procedimental pode ser percebida nos requisitos para a concessão, nos poderes de o juiz conceder a tutela de urgência de oficio e nas formas procedimentais para o pedido antecedente e incidental.

10.3.3.5. *Atipicidade dos meios executivos*

Segundo a melhor doutrina, tutela específica "*é aquela que confere ao autor o cumprimento da obrigação inadimplida, seja a obrigação de entregar coisa, pagar soma em dinheiro, fazer ou não fazer*"[46]. Já tive a oportunidade de afirmar que, "*se tomando por base o critério da coincidência de resultados gerados pela prestação da tutela jurisdicional com os resultados que seriam gerados pela satisfação voluntária da obrigação, a tutela jurisdicional pode ser classificada em* tutela específica *e* tutela pelo equivalente em dinheiro. *Na primeira, a satisfação gerada pela prestação jurisdicional é exatamente a mesma que seria gerada com o cumprimento voluntário da obrigação, enquanto na segunda, a tutela jurisdicional prestada é diferente da natureza da obrigação e, por consequência, cria um resultado distinto daquele que seria criado com a sua satisfação voluntária*"[47].

O princípio da atipicidade dos meios executivos permite que o juiz utilize meios executivos mesmo quando não exista expressa previsão legal a seu respeito. Nas palavras da doutrina, "*tal princípio é consagrado na regra legal de que o juiz poderá, em cada caso concreto, utilizar o meio executivo que lhe parecer mais adequado para dar, de forma justa e efetiva, a tutela jurisdicional executiva. Por isso, não estará adstrito ao juiz seguir o itinerário de meios executivos previstos pelo legislador, senão porque poderá lançar mão de medidas necessárias – e nada além disso – para realizar a norma concreta*."[48]

O princípio da atipicidade dos meios executivos está consagrado nos arts. 84, § 5.º, do CDC. Como se pode constar da redação do dispositivo legal, o legislador, ao descrever medidas necessárias à obtenção da tutela específica, indica um rol meramente exemplificativo, o que é incontestável diante da expressão "tais como", utilizada antes da indicação da "multa por atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva".

No sentido de ser meramente exemplificativo o rol de meios executivos previstos em lei, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"Processual civil. Administrativo. Recurso especial. Tratamento de saúde e fornecimento de medicamentos a necessitado. Obrigação de fazer. Fazenda Pública. Inadimplemento. Cominação de multa diária. *Astreintes*. Incidência do meio de coerção. Bloqueio de verbas públicas. Medida executiva. Possibilidade, *in casu*. Pequeno valor. Art. 461, § 5.º, do CPC. Rol exemplificativo de medidas. Proteção constitucional à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana. Primazia sobre princípios de direito financeiro e administrativo. Novel entendimento da E. Primeira Turma. 1. Ação Ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado do Rio Grande Sul, objetivando o fornecimento de medicamento de uso contínuo e urgente a paciente sem condição de adquiri-lo. 2. A função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. 3. *In casu*, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento a pessoa necessitada, cuja imposição das *astreintes* objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e consequentemente resguardar o direito à saúde. 4. 'Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública' (AgRgREsp 189.108/SP – Rel. Min. Gilson Dipp – *DJ* 02.04.2001). 5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 490.228/RS – *DJ* 31.05.2004; AgRgREsp 440.686/RS – *DJ* 16.12.2002; AGREsp 554.776/SP – *DJ* 06.10.2003; AgRgREsp 189.108/SP – *DJ* 02.04.2001; e AgRgAg 334.301/SP – *DJ* 05.02.2001. 6. Depreende-se do art. 461, § 5.º, do CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a 'imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial', não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, *in casu*, o sequestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição de medicamento objeto da tutela indeferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável. 7. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo pôr em risco a vida do demandante. 8. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, *in casu*, merece destaque a Lei Estadual 9.908/1993, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: 'Art. 1.º O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente'.9. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana. 10. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que, condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis à proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 11. *In casu*, a decisão ora hostilizada pelo recorrente importa na negativa de fixação das *astreintes* ou bloqueio de valor suficiente à aquisição dos medicamentos necessários à sobrevivência de pessoa carente, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de sub-rogação. 12. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e *a fortiori* serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário. 13. Recurso especial provido" (STJ – REsp 836.913/RS – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 08.05.2007 – *DJ* 31.05.2007).

10.3.3.6. *Multa*

10.3.3.6.1. Introdução

Apesar de não existir uma gradação entre as medidas executivas à disposição do juízo para efetivar a tutela das obrigações de fazer e não fazer, a multa como forma de pressionar o executado a cumprir sua obrigação parece ter merecido posição de destaque, sendo também medida de extrema

frequência na praxe forense. A valorização da multa pode ser percebida pela expressa menção a ela feita pela lei nos §§ 4.º e 5.º do art. 84 do CDC.

Aduz o art. 84, § 4.º, do CDC que o juiz poderá, inclusive de ofício, impor multa diária ao réu, enquanto o art. 84, § 5.º, do CDC prevê a aplicação da multa por tempo de atraso, sem nenhuma indicação da periodicidade. O art. 461, § 6.º, do CPC menciona a possibilidade de alteração do valor e/ou da periodicidade. Apesar de ser a periodicidade diária a mais frequente na aplicação da multa coercitiva, o juiz poderá determinar outra periodicidade – minuto, hora, semana, quinzena, mês –, bem como determinar que a multa seja fixa, única forma logicamente aceitável dessa medida de execução indireta nas violações de natureza instantânea. Apesar da omissão no art. 84 do CDC a respeito desse parágrafo, é indubitável sua aplicação às ações consumeristas.

A multa coercitiva passou a ser conhecida pelos operadores de direito como *astreintes*, em razão de sua proximidade com instituto processual do direito francês de mesmo nome. Não cumpre, neste momento, fazer a análise comparativa entre a multa do direito brasileiro e as *astreintes* do direito francês, que resultaria na constatação de que, apesar de próximas, têm diferenças importantes. A constatação empírica é que a utilização do termo *astreintes* se presta a designar a multa, cujas características principais serão neste capítulo analisadas.

10.3.3.6.2. Valor da multa

Não existe nenhuma previsão legal referente ao valor da multa coercitiva, apenas mencionando o art. 84, § 4.º, do CDC a exigência de que seja suficiente ou compatível com a obrigação, e é melhor que assim seja. Tratando-se de medida de pressão psicológica, caberá ao juiz analisar as particularidades do caso concreto para determinar um valor que seja apto a efetivamente exercer tal influência no devedor, para que seja convencido de que a melhor alternativa é o cumprimento da obrigação.

A tarefa do juiz no caso concreto não é das mais fáceis. Se o valor não pode ser irrisório, porque, assim sendo, não haverá nenhuma pressão efetivamente gerada, também não pode ser exorbitante, considerando-se que um valor muito elevado também desestimula o cumprimento da obrigação. Valendo-se de uma expressão poética revolucionária, *tem-se que endurecer sem perder a ternura*.

Essa responsável liberdade concedida ao juiz na determinação do valor da multa faz com que não exista nenhuma vinculação entre o seu valor e o valor da obrigação descumprida[49]. Se tivesse natureza sancionatória ou compensatória, como ocorre com a cláusula penal, seria o valor limitado ao da obrigação principal, por expressa previsão do art. 412 do CC. Inclusive, nos Juizados Especiais Estaduais existe entendimento consolidado no sentido de que as *astreintes* não se limitam ao valor-teto de 40 salários mínimos, que se refere somente à pretensão principal do autor[50].

10.3.3.6.3. Beneficiado pela multa

Tendo natureza coercitiva, as *astreintes* sempre beneficiarão a parte que pretende o cumprimento da obrigação. É evidente que, na hipótese de a multa funcionar em sua tarefa de pressionar o obrigado, a parte contrária será beneficiada por sua aplicação, porque conseguirá a satisfação de seu direito em razão do convencimento gerado no devedor em razão da aplicação da multa. Ocorre,

entretanto, que nem sempre a multa surte os efeitos pretendidos, e sempre que isso ocorre será criado um direito de crédito no valor da multa fixada. Nesse caso, não parece correto falar em quem será o beneficiado pela multa para aferir quem é o credor desse valor; melhor será falar em beneficiado pela frustração da multa e a consequente criação de um crédito.

Apesar da crítica de parcela da doutrina[51], o legislador nacional entende que o credor do valor gerado pela frustração da multa será a parte para a qual não foi determinado o cumprimento da obrigação. Costuma-se afirmar que o beneficiado nesse caso é o demandante, mas não se pode descartar a possibilidade de o demandado ser credor, o que ocorrerá sempre que o demandante descumprir uma determinação para o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer com aplicação de multa[52]. De qualquer forma, a multa não é revertida para o Estado, mas para uma das partes, geralmente o demandante.

Realmente, a opção do legislador não deve ser elogiada, em especial quando considerada a previsão do art. 84, § 2.º, do CDC, que determina que a multa não impede a indenização por perdas e danos. Nota-se que, na ocorrência de um efetivo dano em razão do descumprimento da obrigação, caberá à parte pedir a devida indenização, tendo que provar a existência do dano. Tornando-se credor do valor da multa frustrada, a parte tem um ganho patrimonial em detrimento do patrimônio da parte contrária, sem nenhum respaldo jurídico para legitimar tal locupletamento.

Apesar do alegado, o PLNCPC, no art. 551, § 2º, consagra expressamente ser a parte contrária titular do crédito decorrente da aplicação da multa.

10.3.3.6.4. Fazenda Pública em juízo

Há doutrina minoritária que defende a inaplicabilidade das *astreintes* perante a Fazenda Pública, com o argumento principal de que o agente público, não tendo interesse direto na demanda, e sabendo que uma eventual aplicação de multa não atingirá seu patrimônio, não sofre pressão psicológica alguma diante da aplicação de uma *astreinte*. Sendo a função da multa coagir o devedor a cumprir a obrigação, essa corrente doutrinária entende que a sua aplicação é injustificável diante da Fazenda Pública[53].

A sugerida inaplicabilidade encontra-se superada, sendo entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça a aplicabilidade das *astreintes* quando o devedor da obrigação de fazer ou não fazer é a Fazenda Pública[54], mesmo posicionamento da doutrina amplamente majoritária[55]. Concordo com a maioria, mas não deixo de me preocupar com as consequências da aplicação das *astreintes* à Fazenda Pública, porque, uma vez cobrado o valor da multa frustrada, o único contribuinte feliz com tal situação será o credor desse valor. As dívidas da Fazenda Pública são todas quitadas pelos contribuintes, sendo extremamente injusto que todos nós paguemos pelo ato de descumprimento pelo agente público de decisão judicial[56]. É claro que, se nossos agentes públicos atuassem em conformidade com os princípios da *legalidade* e da *moralidade administrativa*, consagrados no art. 37, *caput* da CF/1988, a discussão nem seria posta, mas, pela crise ética que passa não só o Poder Público, como também a sociedade em geral, é mera utopia acreditar na desnecessidade da aplicação da multa.

Essa preocupação que tenho, entretanto, não é suficiente para legitimar a aplicação das *astreintes* ao próprio agente público. Parcela da doutrina entende que, nesse caso, a pressão psicológica

aumentaria significativamente, porque o agente público passaria a temer pela perda de seu patrimônio particular[57]. Não se duvida de que a pressão aumentaria, mas as *astreintes* só podem ser dirigidas ao obrigado, reconhecido como tal na decisão que se executa. O agente público não é parte no processo, e dirigir as *astreintes* a ele caracteriza afronta aos princípios da *ampla defesa* e do *contraditório*, o que o Superior Tribunal de Justiça não admite, podendo o agente público, entretanto, ser sancionado com a multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC por ato atentatório à dignidade da jurisdição[58].

10.3.3.6.5. Alteração do valor e periodicidade da multa

O valor poderá ser modificado a qualquer momento pelo juiz, inclusive de ofício, desde que entenda que o valor fixado anteriormente não está efetivamente pressionando o devedor ao cumprimento da obrigação. Como a multa não serve como mero passatempo ou mero instrumento de penalização do devedor, cumpre ao juiz, levando em consideração as particularidades do caso concreto, aumentar ou diminuir o valor da multa sempre que percebê-la irrisória, ou excessiva. Também a periodicidade pode ser objeto de alteração, conforme expressa previsão do art. 461, § 6.º, do CPC.

Entendo que a previsão do art. 461, § 6.º, do CPC seja dirigida ao próprio juiz que fixou originariamente o valor e a periodicidade da multa, com o que se afasta do caso concreto a preclusão judicial, indevidamente chamada de preclusão *pro iudicato*. Alguma segurança jurídica, entretanto, deve-se exigir, de forma que a modificação do valor e/ou da periodicidade deve ser justificada por circunstâncias supervenientes, sendo o reiterado descumprimento da obrigação robusto indicativo de que a multa não está cumprindo com a sua função[59]. Apesar de não haver preclusão nesse caso, a parte terá o direito de recorrer contra a decisão que fixa a multa, podendo a revisão do valor ser realizada pelo tribunal em grau recursal. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, vem alterando o valor da multa quando o entende irrisório ou exorbitante[60].

Questão interessante diz respeito à modificação do valor e/ou periodicidade da multa fixada em sentença transitada em julgado. Uma falsa compreensão da natureza e da função das *astreintes* pode levar o intérprete a acreditar que, nessa hipótese, haverá uma vinculação do juiz que conduz o cumprimento de sentença ao estabelecido na mesma sentença, em virtude do fenômeno da coisa julgada material. O equívoco de tal percepção é manifesto, porque a multa é apenas uma forma executiva de cumprir a obrigação reconhecida em sentença, naturalmente não fazendo parte do objeto, que se tornará imutável e indiscutível em razão da coisa julgada material[61].

Outro tema de extrema relevância diz respeito à possibilidade de mudança do valor final da multa, no momento em que a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente tornarem-se impossíveis, ou a vontade do devedor for a conversão em perdas e danos. Pode o juiz reduzir o valor que será executado pela parte? Seria possível aplicar o art. 461, § 6.º, do CPC a essa situação, ou o dispositivo legal limita-se a tutelar as situações em que a multa ainda está sendo aplicada[62]?

Há defensores da impossibilidade de o juiz diminuir o valor final gerado pela frustração da multa. Alguns doutrinadores simplesmente afirmam que não há base legal para o juiz retroativamente eximir parcial ou totalmente o devedor[63], enquanto outros defendem a impossibilidade de o juiz fazer

tal revisão com fundamento no direito adquirido da parte beneficiada com o direito de crédito advindo da frustração da multa[64]. O entendimento é interessante, mas entendo que não possa ser totalmente admitido.

Em meu entendimento, enquanto a multa mostrou concreta utilidade em pressionar o devedor, o valor obtido é realmente um direito adquirido da parte, não podendo o juiz reduzi-lo, ainda que instado a tanto pela parte contrária. Mas isso não significa que o valor calculado durante todo o tempo de vigência da multa seja efetivamente devido, porque, a partir do momento em que a multa teve o seu objetivo frustrado, perdendo a sua função, a sua manutenção passaria a ter caráter puramente sancionatório, com nítido desvirtuamento de sua natureza. O mais adequado é o juiz determinar, com eficácia *ex tunc*, a partir de quando a multa já não tinha mais utilidade, revogando-a a partir desse momento e calculando o valor somente relativamente ao período de tempo em que a multa mostrou-se útil. Reconheço que a determinação exata do momento a partir de quando a multa passou a ser inútil pode ser extremamente difícil, mas caberá ao juiz determiná-lo valendo-se do *princípio da razoabilidade*.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o valor final da multa frustrada pode ser reduzido pelo juiz para evitar o *enriquecimento sem causa da parte*[65], mas esse entendimento não é correto, porque o enriquecimento sem causa não depende do valor da multa, verificando-se pela simples posição de credor da parte, como já afirmado. Há parcela doutrinária que entende que a diminuição de valor final exorbitante, decorrente do longo lapso temporal de vigência da multa, justifica-se no princípio da *boa-fé* e da *lealdade processual*, considerando haver abuso de direito na atitude do credor que deixa de requerer a conversão da obrigação de fazer e/ou não fazer em perdas e danos em tempo razoável, quando notar que a multa não está funcionando[66].

O tema, entretanto, passa longe de ser tranquilo, existindo tanto doutrina[67] quanto decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça[68] entendendo que, se o não cumprimento da decisão do juiz deu-se por resistência injustificada da parte, não há sentido em minorar o valor final da multa. Nesse entendimento, se o valor é alto, isso decorre da postura de afronta ou desleixo adotada pela parte, e, em razão disso, diminuir o valor da multa é contrariar a própria natureza da multa cominatória.

O art. 551, § 1º, do PLNCPC prevê que o juiz, de ofício ou a requerimento, pode modificar o valor e a periodicidade da multa, regra já existente no art. 461, § 6º, do CPC/1973, quando a multa se tornar insuficiente ou excessiva ou quando o obrigado demonstrar o cumprimento parcial da obrigação ou justa causa para seu descumprimento. Acredito que esse rol seja meramente exemplificativo, em especial porque a multa como pressão psicológica só se justifica enquanto efetivamente pressionar o obrigado, sendo uma mera sanção processual se aplicada quando se constata sua ineficácia no cumprimento da obrigação.

A principal novidade, entretanto, é a previsão expressa no sentido de que a mudança do valor da multa só se aplica para o futuro. Primeiro, o dispositivo fala em "multa vincenda" e depois afirma expressamente que a mudança não terá "eficácia retroativa". Significa dizer que o valor consolidado não poderá ser diminuído pelo juiz, em entendimento que contraria a posição majoritária da jurisprudência.[69] O entendimento consagra o que a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça chamou de "indústria das *astreintes*", quando o exequente abdica da satisfação de seu direito para manter a aplicação da multa durante longo espaço de tempo.

Acredito que o legislador, por exigir do juiz a indicação do tempo de duração da multa no

momento de sua fixação, tenha imaginado que assim evitaria a eternização de sua aplicação, numa verdadeira poupança em favor do exequente.

10.3.3.6.6. Exigibilidade da multa

A multa coercitiva pode ser aplicada tanto para pressionar o devedor a cumprir uma decisão interlocutória que concede tutela de urgência quanto para cumprir uma sentença que julga procedente o pedido do autor. Questão que causa séria divergência na doutrina pátria refere-se ao momento a partir do qual a multa torna-se exigível. Em outras palavras, a partir de qual momento a parte beneficiada com o crédito gerado pela frustração da multa poderá executá-lo?

Para parcela da doutrina, a multa é exigível a partir do momento em que a decisão que a fixa torna-se eficaz, ou porque não foi recorrida, ou porque foi impugnada por recurso sem efeito suspensivo[70]. Essa exigibilidade permitiria a execução imediata de crédito decorrente da multa frustrada fixada em decisão ainda não definitiva, inclusive a decisão interlocutória que concede a tutela antecipada, o que só pode ser compreendido com a possibilidade de execução provisória do crédito[71].

Para essa corrente doutrinária, a necessidade de exigibilidade imediata resulta da própria função coercitiva da multa, porque a necessidade de aguardar a definitividade da decisão, que só ocorrerá com o advento da coisa julgada material, seria extremamente contrária à necessidade de pressionar efetivamente o devedor a cumprir a obrigação. Uma perspectiva de remota execução não seria suficiente para exercer a pressão psicológica esperada das *astreintes*[72].

Para outra corrente doutrinária, deve-se aguardar o trânsito em julgado para que se possa exigir o crédito gerado pela frustração da multa. Essa corrente doutrinária entende que a mera ameaça de aplicação da multa, independentemente do momento em que o crédito gerado por sua frustração passará a ser exigível, já é suficiente para configurar a pressão psicológica pretendida pelo legislador[73]. Por outro lado, como só deve pagar a multa a parte definitivamente derrotada na demanda judicial – o que só será conhecido com o trânsito em julgado –, cabe aguardar esse momento procedimental para admitir a execução da multa[74].

Concordo com a primeira corrente doutrinária porque, de fato, com o tempo que os processos demoram para atingir o trânsito em julgado, muito da natureza coercitiva da multa se perderá se a exigibilidade da cobrança do crédito gerado pela frustração da multa depender desse momento processual. Trata-se do tradicional e frequente choque entre a *efetividade* (exigibilidade imediata, sem saber ainda se a multa é definitivamente devida) e a *segurança jurídica* (exigibilidade após o trânsito em julgado da decisão que fixa a multa, quando se saberá definitivamente se a parte é ou não titular do direito de crédito).

O Superior Tribunal de Justiça, aparentemente confundindo definitividade com exigibilidade, vem corretamente entendendo que a multa fixada em decisão interlocutória pode ser executada imediatamente, mas conclui incorretamente que essa execução se dará por meio de execução definitiva[75].

Apesar de ser preferível, nessa hipótese, prestigiar a efetividade da tutela jurisdicional em detrimento da segurança jurídica, dois apontamentos são indispensáveis.

Caso o legislador já tenha feito abstratamente a ponderação entre os dois interesses conflitantes e

expressamente optado por um deles, não parece legítimo afastar a previsão legal. Dessa forma, na ação civil pública (art. 12, § 2.º, da Lei 7.347/1985), nas demandas regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (art. 213, § 3.º, da Lei 8.069/1990) e nas demandas reguladas pelo Estatuto do Idoso (art. 83, § 3.º, da Lei 10.741/2003), a multa só será exigível após o trânsito em julgado da decisão.

Admitindo-se a execução provisória do crédito decorrente da frustração da multa, e sendo, por meio de decisão definitiva, demonstrado não assistir razão à parte que teria sido beneficiada pela multa se a mesma tivesse funcionado, na hipótese em que a multa ainda não tiver sido cobrada, esta perderá seu objeto. Já tendo sido executada, com a satisfação do credor, caberá ação de repetição de indébito. Ainda que existisse uma decisão do juiz à época da fixação da multa que deveria ter sido cumprida, se posteriormente essa decisão mostrou-se contrária ao direito, não há mais nenhuma justificativa para a manutenção das consequências do inadimplemento da obrigação[76].

10.4. COMPETÊNCIA

10.4.1. Introdução

As únicas regras previstas na Lei 8.078/1990 a respeito da competência das ações judiciais que tenham como objeto a relação consumerista estão consagradas nos arts. 93 e 101, I do diploma legal. A primeira diz respeito às ações coletivas e a segunda, às ações individuais, mas ambas têm um ponto em comum: são regras de competência de foro, territoriais, portanto, ainda que a primeira seja de natureza absoluta e a segunda, de natureza relativa.

Significa dizer que não existe qualquer norma legal que preveja a competência de Justiça e tampouco de juízo, sendo por essa razão necessária a busca, em outros diplomas legais, de regras que sejam capazes de regular essas espécies de competência nas relações consumeristas. A competência de Justiça é prevista na Constituição Federal, enquanto a competência de juízo é determinada por leis de organização judiciária, em ambos os casos se tratando de competência absoluta pela matéria ou pela pessoa.

10.4.2. Competência da Justiça

A primeira tarefa a ser examinada no tocante à competência para as ações de natureza consumerista é fixar a competência da Justiça.

Em primeiro lugar, excluem-se as chamadas justiças especializadas, que têm sua competência sempre determinada pela matéria. A Justiça Trabalhista, com competência prevista no art. 114 da CF/1988, a Justiça Eleitoral, com competência prevista no art. 121 da CF/1988, e a Justiça Militar, com competência fixada no art. 125 da CF/1988, jamais serão competentes para causas que envolvem relação de consumo, justamente porque as matérias que determinam sua competência são de outra natureza.

Não sendo a causa de competência de alguma das justiças especializadas, a competência será da justiça comum, dividida em Justiça Federal e Justiça Estadual. Parece não haver maiores

questionamentos sobre o fato de que o grande palco de atuação das causas consumeristas é a Justiça Estadual, na qual se concentra a maioria das demandas judiciais dessa natureza. A Justiça Federal, entretanto, não pode ser descartada como competente para o julgamento de ações envolvendo conflitos de interesses entre consumidores e fornecedores.

A competência da Justiça Federal de primeiro grau é prevista pelo art. 109 da CF/1988, sendo determinada tanto pela matéria (*ratione materiae*) como pela pessoa (*ratione personae*).

É natural que se imagine que, nas hipóteses de competência fixada pela matéria, não haja relação de consumo, até porque seriam outras as matérias que determinariam a competência da Justiça Federal. O pensamento é correto nas hipóteses previstas nos incisos V-A ("causas relativas a direitos humanos"), X ("execução da carta rogatória, após o *exequatur*, e da sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização") e XI ("a disputa sobre direitos indígenas").

Mas na hipótese prevista pelo inciso III do art. 109 da CF/1988 o tema não será resolvido de forma tão tranquila. Serão de competência da Justiça Federal as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, sendo possível, ainda que raro, que o contrato mencionado pelo dispositivo constitucional tenha natureza consumerista. Como bem lembra a doutrina, são variadas as espécies de contratos internacionais:

> "Os contratos internacionais, igualmente expressando convergência de vontades, podem tratar dos mais variados assuntos (sociais, econômicos, tecnológicos, entre outros), devendo sempre objetivar a concreção do interesse público, a efetivação dos princípios constitucionais e o cumprimento das avenças internacionais. Podem ser citados os contratos de transporte marítimo, de tarifas aplicáveis às operações entre países signatários de acordos a elas relativos, de importação e trânsito de mercadorias estrangeiras, de responsabilidade por danos ecológicos, entre outros"[77].

Seria mais fácil imaginar tal situação num contrato celebrado entre a União e uma empresa estrangeira, mas, como já restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, não se pode confundir empresa estrangeira com organismo internacional[78]. De qualquer forma, mesmo tratando-se de contrato firmado com organismo internacional, é possível, ainda que rara, a existência de relação de consumo, conforme exposto anteriormente.

Sendo a competência da Justiça Federal determinada pela pessoa, a matéria passa a ser irrelevante, sendo naturalmente possível que envolva matéria consumerista. Em especial na hipótese de competência prevista no art. 109, I, da CF/1988, que justifica a maior parte das ações em trâmite perante a Justiça Federal.

O dispositivo legal se refere à União, entidade autárquica e empresa pública federal. A jurisprudência, entretanto, se consolidou no sentido de também incluir as fundações federais como entes aptos a exigir a competência da Justiça Federal. As pessoas jurídicas de direito público da administração indireta mencionadas já seriam o suficiente para compreender a possibilidade de relações de consumo serem objeto de processos de competência da Justiça Federal. A pesquisa de 2011 realizada pelo CNJ a respeito dos 100 maiores litigantes da Justiça Brasileira aponta os bancos com 18% dos processos em trâmite perante a Justiça Federal, em sua absoluta maioria em decorrência da participação da Caixa Econômica Federal, que é o segundo maior litigante nacional, envolvida em 8,50% das ações em trâmite.

Por outro lado, apesar de não existir expressa previsão no art. 109, I, da CF/1988 a esse respeito,

é tranquilo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela inclusão em tal dispositivo legal dos conselhos de fiscalização profissional[79] e das agências reguladoras federais[80]. Nesses casos, entretanto, como bem demonstra a doutrina, é mais comum a existência de ações coletivas na defesa do consumidor:

> "De fato, hoje é possível colecionar diversas ações civis públicas promovidas pelos entes legitimados em face da Anatel, Aneel, ANP, ANS, e mesmo a Superintendência de Seguros Privados (Susep) e Banco Central do Brasil (Bacen), autarquias federais de outrora. O objeto litigioso do processo é, via de regra, a regulamentação fruto do poder regulatório que fere o Código de Defesa do Consumidor"[81].

O mesmo ocorre com a presença na demanda do Ministério Público Federal. Mantenho o entendimento de que a simples presença do Ministério Público Federal seja suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, mas é preciso reconhecer o entendimento contrário consolidado no Superior Tribunal de Justiça, com fundamento na ausência de personalidade jurídica do Ministério Público. Afirma-se que o Ministério Público Federal é um órgão da União e, como tal, está incluído no termo "União" expressamente previsto pelo art. 109, I, da CF/1988. Dessa forma, ainda que se admita um litisconsórcio entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal, a demanda deverá tramitar perante a Justiça Federal, por decorrência de interpretação extensiva do rol de sujeitos previstos no art. 109, I, da CF[82]. De qualquer forma, a exemplo das demandas que envolvem as agências reguladoras, a presença do Ministério Público Federal interessa às ações coletivas consumeristas.

Não se tratando de competência da Justiça Federal, a competência da Justiça Estadual será residual. A competência da justiça comum é residual, determinado pelo que não for de competência das justiças especializadas. Na justiça comum, a competência da Justiça Estadual é residual, determinada pelo que não for de competência da Justiça Federal. Ainda que residual, a maior parte das demandas que têm como objeto uma relação consumerista são de competência da Justiça Estadual.

10.4.3. Competência territorial

A competência territorial é aquela que determina o foro competente, ou seja, a circunscrição territorial competente para o julgamento da demanda: na Justiça Estadual é a Comarca e na Justiça Federal a Seção Judiciária.

O foro comum previsto pelo ordenamento brasileiro, em tradição seguida universalmente,[83] é o do domicílio do réu. Segundo o art. 94, CPC, essa regra somente se aplica aos processos fundados em direito pessoal e direito real sobre bens móveis, afastando a aplicação quando se tratar de imóveis, caso em que o foro competente é o da situação da coisa, conforme estabelece o art. 95 do CPC. Dessa forma, as demandas fundadas em direto pessoal sobre móvel, direito pessoal sobre imóvel e direito real sobre móvel têm como regra de foro comum o domicílio do réu.

Apesar de adotar como regra o foro do local do domicílio do réu, partindo da premissa de que, sendo esse sujeito "atacado" pelo autor, é preciso permitir que litigue no local presumidamente mais adequado ao exercício de sua defesa, o legislador cria uma série de foros especiais. Tais regras continuam a indicar a competência territorial, e por consequência são de natureza relativa, criando

"foros especiais" tão somente por indicar um foro distinto daquele estabelecido pelo art. 94 do CPC.

Nas corretas lições de Candido Rangel Dinamarco:

> "As normas que definem a competência dos foros especiais constituem *leges specialies* em relação à que institui o foro comum (CPC, art. 94), tendo aplicação a conhecida máxima de hermenêutica, segundo a qual a norma geral deixa de aplicar-se quando tem incidência uma especial e nos limites dessa incidência (*lex specialis derogat lege generale*). O foro comum só prevalece, portanto, nos casos em que não haja incidência de norma alguma ditando a competência de um foro especial".

Há regras de competência territorial determinadas pelo local da coisa, como ocorre no art. 58, II, da Lei 8.245/1991 (Lei de Locações); outras são determinadas pelo local do cumprimento da obrigação, como ocorre no art. 100, IV, *d*, do CPC; outras são determinadas pelo local do ato ou fato, como ocorre no art. 100, V, do CPC. Além desses critérios determinantes da competência relativa, existem regras que preveem o foro do domicílio do autor como competente, invertendo a regra do art. 94 do CPC. Assim ocorre com o art. 100, I, II do CPC e o art. 101, I, CDC.

O ponto comum que serve como justificativa para a inversão da regra consagrada no art. 94 do CPC (foro comum), em nítido benefício do autor, é sua hipossuficiência diante do réu. Assim, por se considerar a mulher hipossuficiente diante do marido, a competência para a ação de divórcio e anulação de casamento é do foro do domicílio da mulher. Da mesma forma, é competente o foro do domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem os alimentos. Na hipótese do art. 101, I, do CDC, é a hipossuficiência do consumidor diante do fornecedor que justifica o tratamento diferenciado.

É importante ressaltar que, mesmo sendo um foro especial que visa à proteção em abstrato do consumidor, essa regra de competência continua a ser de natureza relativa, sujeita, portanto, a todas as espécies de prorrogação em direito admitido. As normas que tratam da competência relativa são de natureza dispositiva, uma vez que, precipuamente, buscam proteger o interesse das partes, que poderão abrir mão de tal proteção legal no caso concreto. Além disso, por não terem natureza cogente, a própria lei pode entender interessante, em determinadas situações, afastar a sua aplicação. Percebe-se, portanto, a possibilidade de certa flexibilização de tais normas, o que poderá decorrer da vontade das partes ou da própria lei.

Nas corretas palavras de Kazuo Watanabe, "o foro do domicílio do autor é uma regra que beneficia o consumidor, dentro da orientação fixada no inc. VII do art. 6.º do Código, de facilitar o acesso aos órgãos judiciários. Cuida-se, porém, de opção dada ao consumidor, que dela poderá abrir mão para, em benefício do réu, eleger a regra geral, que é a do domicílio do demandado (art. 94 do CPC)"[84].

Dessa forma, é plenamente possível que o consumidor se veja obrigado a litigar fora de seu domicílio, inclusive contra sua vontade, na hipótese de reunião de processos conexos diante do juízo prevento, que não será necessariamente o juízo do foro de seu domicílio. Apesar de versar sobre a competência relativa, a conexão é considerada matéria de ordem pública, impondo-se à vontade das partes, inclusive do consumidor.

Por outro lado, a vontade livre e externada sem qualquer espécie de vício de consentimento pelo consumidor prevalece sobre a regra legal de competência, lembrando-se sempre que o consumidor é considerado apenas hipossuficiente, nunca um incapaz de tomar decisões que signifiquem a renúncia a proteções previstas em lei. Assim, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu corretamente que,

sendo o consumidor capaz, é, *a priori*, válida cláusula de eleição de foro existente em contrato por ele firmado, ainda que de adesão, desde que não se demonstre sua abusividade no caso concreto:

> "Recurso especial. Cláusula de eleição de foro, inserida em contrato de adesão, subjacente à relação de consumo. Competência absoluta do foro do domicílio do consumidor, na hipótese de abusividade da cláusula. Precedentes. Aferição, no caso concreto, que o foro eleito encerre especial dificuldade ao acesso ao Poder Judiciário pela parte hipossuficiente. Necessidade. Recurso especial parcialmente provido. I. O legislador pátrio conferiu ao magistrado o poder-dever de anular, de ofício, a cláusula contratual de eleição de foro, inserida em contrato de adesão, quando esta revelar-se abusiva, vale dizer, dificulte a parte aderente em empreender sua defesa em juízo, seja a relação jurídica subjacente de consumo, ou não; II. Levando-se em conta o caráter impositivo das leis de ordem pública, preponderante, inclusive, no âmbito das relações privadas, tem-se que, na hipótese de relação jurídica regida pela Lei consumerista, o magistrado, ao se deparar com a abusividade da cláusula contratual de eleição de foro, esta subentendida como aquela que efetivamente inviabilize ou dificulte a defesa judicial da parte hipossuficiente, deve necessariamente declará-la nula, por se tratar, nessa hipótese, de competência absoluta do Juízo em que reside o consumidor; III. *A contrario sensu*, não restando patente a abusividade da cláusula contratual que prevê o foro para as futuras e eventuais demandas entre as partes, é certo que a competência territorial (no caso, do foro do domicílio do consumidor) poderá, sim, ser derrogada pela vontade das partes, ainda que expressada em contrato de adesão (*ut* art. 114, do CPC). Hipótese em que a competência territorial assumirá, inequivocamente, a natureza relativa (regra, aliás, deste critério de competência); IV. Tem-se, assim, que os arts. 112, parágrafo único, e 114 do CPC, na verdade, encerram critério de competência de natureza híbrida (ora absoluta, quando detectada a abusividade da cláusula de eleição de foro, ora relativa, quando ausente a abusividade e, portanto, derrogável pela vontade das partes); V. O fato isoladamente considerado de que a relação entabulada entre as partes é de consumo não conduz à imediata conclusão de que a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é abusiva, sendo necessário para tanto, nos termos propostos, perscrutar, no caso concreto, se o foro eleito pelas partes inviabiliza ou mesmo dificulta, de alguma forma, o acesso ao Poder Judiciário; VI. Recurso Especial parcialmente provido" (REsp 1.089.993/SP – Recurso Especial 2008/0197493-1 – Rel. Min. Massami Uyeda (1129) – Terceira Turma – j. 18.02.2010 – *DJe* 08.03.2010).

O entendimento, entretanto, não é tranquilo nem mesmo no Superior Tribunal de Justiça, que por vezes faz crer que, somente por se tratar de contrato de adesão consumerista, a cláusula de eleição de foro é abusiva e deve ser considerada nula:

> "Processual civil. Contrato de consórcio. Cláusula de eleição de foro. Nulidade. Domicílio do consumidor. Parte hipossuficiente da relação. Foro eleito. 1. A jurisprudência do STJ firmou-se, seguindo os ditames do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que a cláusula de eleição de foro estipulada em contrato de consórcio há que ser tida como nula, devendo ser eleito o foro do domicílio do consumidor a fim de facilitar a defesa da parte hipossuficiente da relação. 2. Agravo regimental desprovido" (STJ – AgRg no Ag 1070671/SC – Quarta Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 27.04.2010 – *DJ* 10.05.2010).

Prefiro o entendimento exposto no primeiro julgamento, considerando sempre que, sem a efetiva abusividade da cláusula de eleição de foro, não há qualquer razão para entendê-la como nula. Insisto que a proteção concedida pelo art. 101, I, do CDC, não pode se sobrepor à vontade livremente manifestada pelo consumidor ao aderir ao contrato, se a indicação de foro diverso de seu domicílio não lhe traz qualquer sério empecilho ao exercício da ampla defesa de seu direito. Entender o contrário seria impedir a validade de qualquer cláusula de eleição de foro, circunstância típica da competência absoluta, estranha à espécie de competência ora analisada.

Infelizmente o Projeto de Lei do Senado 281/2012 consagra vedação pura e simples à cláusula de eleição de foro em contratos celebrados pelo consumidor, conforme sugestão de redação do art. 101, III. Mais uma vez o consumidor é tratado como verdadeiro incapaz, e não como hipossuficiente. Sendo a cláusula fruto de sua vontade livre, podendo inclusive se beneficiar concretamente do foro indiciado, por que se estabelecer em lei que a cláusula é nula?

Outra forma de prorrogação de competência tradicional do sistema processual, decorrente da ausência de interposição de exceção de incompetência, também é plenamente aplicável ao consumidor, de forma que, sendo proposta a demanda em foro diverso daquele previsto pelo art. 101, I, do CDC, e não havendo o reconhecimento da incompetência relativa de ofício nos termos do art. 112, parágrafo único do CPC, ou a oposição de exceção de incompetência, se verificará a prorrogação, tornando-se concretamente competente o foro que era abstratamente incompetente.

Por fim, mas não menos interessante, há uma quarta forma de prorrogação de competência aplicável ao consumidor no tocante à não aplicação do art. 101, I, do CDC no caso concreto. Essa hipótese de prorrogação de competência não se encontra expressamente prevista em lei, mas resulta de uma análise sistemática das regras legais a respeito da matéria. Haverá tal espécie de prorrogação sempre que a demanda for proposta respeitando-se a regra de foro geral, que para o Código de Processo Civil é a do domicílio do réu. Sempre que existir uma regra especial de foro, a proteger o autor, em detrimento da regra geral, poderá essa parte optar por afastar a norma que teria sido feita em seu favor e litigar no domicílio do réu.

A justificativa para tal escolha do foro do domicílio do réu como competente – ainda que aplicável à espécie regra de foro especial – liga-se à inexistência de interesse jurídico do réu em excepcionar justamente o juízo do foro que lhe acarretará as maiores vantagens possíveis. Evidentemente, essas vantagens são presumidas, parecendo à parcela da doutrina que tal presunção é relativa, de modo a ser possível, no caso concreto, provar o réu algum prejuízo nesse desrespeito do autor à norma de foro especial. A prorrogação, portanto, ficaria condicionada à ausência de um efetivo prejuízo do réu no caso concreto, que deverá ser provado na exceção de incompetência.

Já havia se manifestado Antônio Carlos Marcato sobre o assunto (eleição de foro), mas em lição totalmente aplicável às outras hipóteses descritas:

> "Também suscita interessante questão pertinente ao ajuizamento da ação no foro do domicílio do réu, diverso do eleito. Nesse caso só terá sentido o acolhimento da exceção declinatória se e quando o excipiente demonstrar, de modo inequívoco, que o ajuizamento da ação em foro diverso do eleito acarretou-lhe ou poderá acarretar-lhe prejuízo. É que a regra do art. 94, instituindo o foro comum em benefício do réu, deverá prevalecer se o autor, ignorando a cláusula eletiva, optar por atendê-la; e isso decorre da singela circunstância de que, inexistindo prejuízo derivado dessa opção, não teria o réu, em tese, nem mesmo interesse processual em opor a exceção"[85].

Em especial na hipótese do consumidor, entretanto, não se deve acolher tal entendimento. Entendo que, optando o consumidor por propor a demanda judicial no foro do domicílio do fornecedor, não será cabível a exceção de incompetência, sendo a mera propositura da ação, nessas circunstâncias, suficiente para a prorrogação da competência. A inadmissibilidade de exceção de incompetência do fornecedor, nesse caso, se dá justamente para prestigiar a vontade do consumidor, porque, mesmo que ele prove que prefere litigar no foro previsto no art. 101, I, do CDC, se o consumidor entender mais adequado litigar no foro do domicílio do fornecedor, essa vontade deve prevalecer.

No correto entendimento de Leonardo Greco, a escolha do foro "fica a critério do autor. Se esse preferir o foro da sede do réu ou o foro de onde está localizada a sua agência, ele está abrindo mão do privilégio do foro, mas ele tem o direito de promover a ação no seu próprio domicílio, por força do citado art. 101"[86].

O Projeto de Lei do Senado 281/2012 inova ao prever expressamente outros foros especiais, criando uma amplitude maior na já existente concorrência de foros em benefício do consumidor.

O art. 101, I, do CDC recebe uma redação mais precisa, preocupada em destacar que somente há verdadeiro foro especial do domicílio do consumidor na hipótese de esse ser o autor da ação, considerando-se que, ao figurar no polo passivo, a competência será do foro comum previsto no art. 94 do CPC. É uma conclusão que atualmente já se tem adotado mesmo sem qualquer previsão legal, mas consagrações legais de corretos entendimentos doutrinários são sempre bem-vindas. A grande novidade, entretanto, vem na redação sugerida para o inciso II e parágrafo único do dispositivo legal.

O inciso II prevê categoricamente ser escolha do consumidor, quando participar como autor da ação, o foro: (a) de seu domicílio; (b) do domicílio do fornecedor de produtos e serviços; (c) do lugar da celebração ou da execução do contrato; (d) qualquer outro conectado ao caso. Entendo que, mais uma vez, a preocupação em tutelar o consumidor levou a exagero legislativo, não se justificando a parte final do dispositivo legal. A liberdade do consumidor em fixar a competência territorial no caso concreto já é suficiente para sua proteção com a concorrência dos três primeiros foros previstos, sendo extremamente subjetiva a escolha de "foro conectado ao caso". Da forma como está previsto, parece que o consumidor terá à sua escolha qualquer foro que remotamente diga respeito, ainda que indiretamente, ao caso concreto, em amplitude exagerada.

O Projeto de Lei deu especial atenção ao fornecimento a distância internacional, o que se justifica em razão do incremento dessa espécie de comércio. No parágrafo único do art. 101 repete-se a regra do inciso I, admitindo-se também a aplicação da "norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente seu acesso à Justiça".

10.4.3.1. *Cláusula de eleição de foro em contrato de adesão*

10.4.3.1.1. Introdução

A Lei 11.280/2006, ao somar ao art. 112, do CPC, um parágrafo único, trouxe significativa novidade no trato judicial da incompetência relativa, permitindo ao juiz, na hipótese de haver, no caso concreto, uma nulidade em cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, declarar de ofício tal nulidade, declinando de sua competência para o "juízo de domicílio do réu". O dispositivo legal, apesar de trazer uma novidade ao Código de Processo Civil, simplesmente consagra entendimento jurisprudencial pacífico em nossos Tribunais, sendo necessária uma breve análise dos precedentes que levaram o legislador à previsão a ser comentada.

Percebe-se, pela literalidade da norma invocada, que o objetivo do legislador foi criar uma exceção à regra geral de que não cabe ao juiz reconhecer de ofício a sua própria incompetência, sendo essa missão exclusiva do réu e, em determinadas hipóteses, do assistente[87]. A regra, portanto, continua sendo que, não havendo ingresso de exceção de incompetência, prorroga-se a competência do juízo, ou seja, torna-se competente o juízo que originariamente não o era. O art. 112, parágrafo único, CPC, cria, tão somente, uma exceção à regra geral.

Há ainda outra novidade concernente à matéria, trazida pela nova redação do art. 114, CPC, que passa a ser: "Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais". Ao

modificar o trato do reconhecimento da incompetência relativa, prevendo uma hipótese na qual o juiz deverá proceder de ofício, o legislador se viu obrigado a adaptar as consequências jurídicas geradas pelo não reconhecimento da incompetência. O tema será abordado em seu devido momento.

10.4.3.1.2. Súmula 33 do STJ – vedação ao reconhecimento de ofício de incompetência relativa

O tema do reconhecimento de ofício da incompetência relativa encontrava-se pacificado com a Súmula 33 do STJ: "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício". O entendimento expresso na súmula se justificava pela própria natureza da norma, valorizadora do interesse das partes, que podem, no caso concreto, abrir mão da proteção legal, excluindo qualquer intervenção do juiz, como bem apontado por José Carlos Barbosa Moreira:

> "Em tais hipóteses, também por questão de coerência, cumpre que se assegure àquele cujo interesse se reputa preponderante a possibilidade efetiva de fazer valer sua preferência. Se é do réu que se cuida, como nos exemplos acima figurados, e o autor intentou a ação em foro diverso do apontado na lei, uma de duas: ou o réu, juiz de seu próprio interesse, entende que a opção o contraria, e em tal caso oferece a exceção, ou entende que ela não o contraria, e abstém-se de excepcionar, dando ensejo à prorrogação (Código de Processo Civil, art. 114). Conferir aqui ao órgão judicial a possibilidade de antepor-se ou sobrepor-se à manifestação (tácita que seja) do réu é introduzir nesse esquema lógico um fator de perturbação que nenhuma vantagem vem compensar"[88].

O reconhecimento de ofício da incompetência ficava restrito às hipóteses de incompetência absoluta, o que era justificado – como ainda é – pela natureza das normas que tratam dessa espécie de competência. Tratando-se de normas de competência que têm como fundamento razões de ordem pública, basicamente as de melhorar o serviço jurisdicional e proporcionar uma tutela jurisdicional de melhor qualidade, é natural que o juiz possa conhecê-las de ofício, declarando-se absolutamente incompetente mesmo sem a manifestação da parte interessada.

10.4.3.1.3. Flexibilização jurisprudencial à Súmula 33 do STJ

O entendimento proibitivo quanto ao reconhecimento de ofício da incompetência relativa do juízo, apesar de sumulado, passou a ser sistematicamente flexibilizado por nossos Tribunais, com amplo amparo doutrinário, na hipótese de o processo envolver relação de consumo em que houvesse cláusula abusiva de eleição de foro. Tornou-se frequente em contratos de consumo – em especial nos contratos de adesão – o fornecedor indicar o foro competente para julgar eventuais demandas geradas na interpretação ou cumprimento do negócio jurídico que traz dificuldades excessivas para o exercício do direito de defesa por parte do consumidor, com a nítida intenção de prejudicá-lo processualmente.

É óbvio que nem toda cláusula de eleição de foro envolvendo contrato de consumo é abusiva, devendo o juiz analisar a abusividade no caso concreto, até mesmo porque os contratos de adesão não são repelidos por nosso ordenamento jurídico; aliás, pelo contrário, são importantes mecanismos de regulação de relações jurídicas nos dias atuais[89]. O que evidenciará o vício no caso concreto é a determinação como foro competente de um local distante do domicílio do consumidor, sem qualquer justificativa séria para tal escolha, de forma a ocasionar um sério obstáculo ao exercício da ampla defesa. Nesses casos específicos, a aplicação da Súmula 33 do STJ vem sendo afastada, permitindo-se ao juiz conhecer sua incompetência relativa de ofício.

O raciocínio utilizado, mesmo antes da novidade legislativa, envolvia basicamente três artigos do Código de Defesa do Consumidor:

- art. 1.º: determina que todas as normas previstas pelo CDC são de ordem pública, parecendo incluir tanto as normas de direito material como as de direito processual;
- art. 51: indica os vícios que determinam a abusividade do contrato;
- art. 6.º, VIII: exige do juiz a facilitação do exercício do direito de defesa do direito do consumidor no processo.

Estando as normas consumeristas no âmbito das normas de ordem pública, o juiz não precisaria aguardar a manifestação da parte interessada, podendo declarar a nulidade da cláusula contratual de ofício (insista-se, desde que presente um dos vícios indicados pelo art. 51, CDC). A partir do momento em que anula de ofício a eleição de foro, nada haverá para justificar a escolha feita pelo autor-fornecedor, devendo o juiz remeter os autos para o foro do domicílio do réu-consumidor.

Registre-se que, no tocante ao tema, determinada corrente passou a entender que a regra de competência, tão-somente por se tratar de relação de consumo, se tornaria absoluta, o que permitiria ao juiz de ofício o reconhecimento de afronta a tal norma, sem qualquer ofensa à Súmula 33 do STJ. Esse era o entendimento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira, segundo o qual, "tratando-se de contrato de adesão, a declaração de nulidade de cláusula eletiva de foro, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do réu ao Judiciário, com prejuízo para a sua ampla defesa, torna absoluta a competência do foro do domicílio do réu, afastando a incidência do Enunciado 33 da Súmula/STJ".[90] Ainda hoje encontram-se equivocadas decisões que apontam para a natureza absoluta da competência do foro em relação de consumo, por se admitir o reconhecimento de incompetência de ofício[91].

Não parece correto tal entendimento, que, inclusive, mostra-se absolutamente contrário à novidade legislativa, que, ao tratar do reconhecimento de ofício pelo juiz da incompetência nos casos previstos na norma legal, criou um parágrafo em artigo cujo *caput* trata da incompetência relativa. Correto o legislador nesse tocante, considerando-se que a competência continua a ser relativa, já que territorial, mas, em virtude das previsões contidas no diploma consumerista, e agora também no art. 112, parágrafo único, CPC, é legítima a exceção da regra de que a incompetência relativa não pode ser conhecida pelo juiz de ofício.[92]

Para outra parcela da doutrina, independentemente da discussão acerca da natureza absoluta ou relativa da competência, o que importa é a garantia do efetivo direito à ampla defesa do réu, garantido constitucionalmente. Nesse sentido as lições de Antônio Carlos Marcato, tratando das dificuldades que podem ser geradas ao consumidor-réu:

> "Esses óbices, ainda que eventualmente impostos de modo não intencional, autorizam e justificam a determinação de remessa dos autos do processo ao foro do domicílio do réu; e isto porque a questão em debate envolve, à evidência, tema muito mais sério e grave que a simples possibilidade de ser reconhecida de ofício a nulidade de cláusula abusiva ou a incompetência relativa ou, ainda, de se tratar de incompetência absoluta: cuida-se, em verdade, da necessidade (e não simples faculdade) de atendimento das exigências do devido processo legal, mister do qual todos os integrantes do Poder Judiciário devem, permanentemente e intransigentemente, se desincumbir".[93]

Nota-se que os fundamentos poderiam até variar, mas a conclusão era sempre a mesma: abrindo-se a possibilidade do juiz anular de ofício cláusula abusiva de eleição de foro em contrato de

adesão, declarando-se incompetente, também de ofício, e determinando a remessa para o foro do local de domicílio do consumidor-réu.

10.4.3.1.4. O indevido condicionamento da declaração de nulidade de cláusula de eleição de foro e o reconhecimento de ofício da incompetência relativa

O desejo de se proteger o consumidor numa demanda em que o fornecedor busque se valer de sua posição de superioridade para prejudicar a parte mais fraca da relação não justifica os principais entendimentos a respeito da possibilidade de o juiz reconhecer a incompetência relativa de ofício. Não que o resultado do raciocínio esteja equivocado, mas os fundamentos certamente não se mostram corretos. O pior é que o legislador, influenciado pelo equivocado entendimento da doutrina, o consagrou na nova norma legal, ora comentada.

É equivocado acreditar ser a declaração de nulidade de cláusula abusiva de eleição de foro o suficiente para, automaticamente, permitir que o juízo declare sua incompetência relativa de ofício, determinando o cumprimento no disposto no art. 101, I, CDC, com a consequente remessa do processo ao foro do local do domicílio do consumidor-réu. Mesmo na hipótese de anulação de ofício da cláusula de eleição de foro, o que legitima a atuação do juiz em remeter os autos ao juízo competente continua a ser o afastamento da Súmula 33 do STJ, porque, mesmo sem a cláusula contratual, a incompetência continua a ser territorial e, portanto, relativa. A justificativa para a atuação oficiosa do juiz estaria prevista no art. 6.º, VIII, do CDC.

Na realidade, a situação acima descrita demonstra que essa questão vem sendo tratada de maneira equivocada. Que o juiz pode declarar nula de ofício a cláusula abusiva de eleição de foro não resta qualquer dúvida, quer seja pela redação do art. 1°, CDC, quer seja por aplicação do novo art. 112, parágrafo único, CPC, mas isso nada tem a ver com a remessa do processo para o foro do domicílio do réu. Pergunta-se: se caso não existisse a cláusula contratual estipulando o foro competente, e se mesmo assim o fornecedor ingressasse com a demanda em outro foro que não o do domicílio do consumidor, não seria possível o reconhecimento da incompetência relativa com a consequente remessa do processo ao foro do domicílio do réu? Parece que a resposta deva ser no sentido de que, independentemente da existência de cláusula contratual eletiva de foro, a incompetência deve ser reconhecida, o que torna a declaração de nulidade de tal cláusula absolutamente desnecessária para o reconhecimento de ofício da incompetência.

O que se pretende demonstrar é que, com ou sem a existência da cláusula contratual de eleição de foro, as normas de proteção ao consumidor já indicadas anteriormente darão o substrato jurídico suficiente para o juiz declarar sua incompetência de ofício, ainda que relativa. A indevida ligação entre a declaração de nulidade de cláusula abusiva de eleição de foro e o reconhecimento de ofício de incompetência relativa, apesar de absolutamente dispensável, encontrava-se tão arraigada na doutrina que o legislador – influenciado por tais lições – consagrou o equívoco na redação do novo dispositivo legal ora comentado.

10.4.3.1.5. Um problema possível da anulação de ofício da cláusula de eleição de foro

Ao condicionar o reconhecimento da incompetência relativa à declaração de nulidade da cláusula de eleição de foro, o legislador permite a criação de curiosa situação, que inclusive suscita a

interessante questão a respeito da abrangência da natureza de ordem pública das normas consumeristas (art. 1° do CDC).

Interessante circunstância surgirá na hipótese de o réu, no momento em que for citado, declarar nos autos que pretende ver a demanda seguir no foro apontado na cláusula contratual que foi anulada de ofício. O que fazer nesse caso? O processo foi distribuído para a 1.ª Vara Cível de Vitória, sendo esse o foro indicado pela cláusula de eleição de foro. O juiz, ao receber a petição inicial, anula de ofício a cláusula contratual, reconhece sua incompetência relativa e envia os autos ao foro do domicílio do consumidor-réu, no caso a Comarca de Cuiabá. Citado pelo juízo da 3.ª Vara Cível de Cuiabá, o réu ingressa com exceção de incompetência, alegando a legalidade da cláusula de eleição e requerendo a remessa dos autos à Comarca de Vitória. Como deverá ser julgada tal exceção de incompetência? A cláusula já não deixou de existir a partir da decisão do juízo de Vitória?

A situação narrada acima, embora de inegável raridade na praxe forense, suscita relevante questão sobre a atuação oficiosa do juiz na hipótese em que a mesma, baseada hipoteticamente na proteção do réu hipossuficiente, acaba por contrariar seu próprio interesse no caso concreto, questão certamente abrangente que faz por merecer um trabalho específico sobre o tema. Mas como resolver a questão concreta apresentada? Seria possível falar-se em anulação condicionada à vontade do réu, que poderia fazer a cláusula contratual voltar do "mundo dos mortos"? A solução seria possibilitar, ainda que não mais exista a cláusula contratual, que, diante de concordância de ambas as partes, possa o juízo que recebeu o processo remetê-lo ao juízo que primeiro o havia recebido, onde o processo deverá ter seguimento.

Como se nota, melhor teria sido o juiz simplesmente se declarar incompetente relativo, ainda que se utilize como fundamento de sua decisão a nulidade da cláusula contratual, sem, entretanto, decidir a respeito de sua validade ou não. Remetido o processo ao foro do local do domicílio do réu e realizada sua citação, de duas uma: (I) reconhecendo o benefício do afastamento da cláusula contratual de eleição de foro, no caso concreto, simplesmente não excepciona o Juízo, gerando a prorrogação de competência, ou, (II) acreditando – por qualquer razão – que a cláusula contratual lhe favorece, ingressa com a exceção de incompetência pleiteando sua observação, o que gerará o acolhimento de sua pretensão, com a remessa do processo de volta ao juízo que originariamente o recebeu. O entendimento, como é claro, mantém a principal função da nova norma, que é a proteção ao réu na hipótese legal.

10.4.3.1.6. O objetivo do legislador

Parece bastante claro que o objetivo do legislador com a previsão contida no art. 112, parágrafo único, CPC, foi de proteger o réu que, participando de um contrato de adesão, concorda com cláusula abusiva de eleição de foro. Não se pode negar que, uma vez citado, e apresentada a exceção de incompetência, o réu conseguirá anular a cláusula de eleição de foro (desde que presente algum vício) e com isso o processo será remetido ao foro de seu domicílio, de qualquer forma.

O problema é que mesmo esse simples ato processual (ingresso de exceção de incompetência) poderá, diante do caso concreto, ser de difícil execução para o réu, que será prejudicado na defesa de seus interesses caso não tenha condições de ingressar com a exceção, o que deve ser evitado pelo juiz, mediante o reconhecimento de ofício de sua incompetência relativa. Apesar de não ser esse o

momento adequado para maiores ponderações a respeito da nova redação do art. 305, CPC, parece necessário consignar que o problema que o legislador procura afastar com a previsão do art. 112, parágrafo único é, de forma bem mais técnica, resolvida por aquele dispositivo legal.

10.4.3.1.7. A curiosa criação de uma preclusão judicial temporal

A modificação mais curiosa no tocante ao tema da competência relativa produzida pela Lei 11.280/2006 é a nova redação atribuída ao art. 114, CPC, que trata de uma das espécies de prorrogação legal de competência. Antes da reforma legislativa, a norma era clara ao dispor que, na hipótese de o réu não excepcionar o juízo, ocorreria a prorrogação de competência, tornando-se competente o juízo da demanda, ainda que não o fosse originariamente. Com a modificação legislativa, o prazo da exceção de incompetência – prazo de resposta do réu, a par de a redação do art. 305, CPC, prever que o prazo é de 15 dias –, além de criar uma preclusão ao réu, também atingirá ao juiz nas hipóteses de aplicação do art. 112, parágrafo único, do CPC.

Cumpre registrar que, apesar de a redação legal prever que o juiz "poderá" proceder conforme os termos do art. 112, parágrafo único, CPC, não haverá qualquer facultatividade ao juiz para aplicação do dispositivo legal. Significa dizer que não existe uma opção válida ao juiz entre aplicar ou não o dispositivo legal, sendo obrigado a tanto se o caso concreto demonstrar o preenchimento dos requisitos. Naturalmente, será o juiz o responsável pela verificação do preenchimento dos requisitos, mas não há dúvida de que estará vinculado – correto ou não – em sua conclusão, ao preenchimento ou não de tais requisitos. Assim, havendo cláusula abusiva de eleição de foro em contrato de adesão, será obrigado a aplicar a norma legal e remeter o processo ao foro do local do domicílio do réu.

O legislador se preocupou com o problema que poderia ser gerado com o não reconhecimento de ofício da incompetência relativa, em hipóteses em que o réu não excepcionou o juízo. Procurou deixar bem claro que, apesar de ser matéria que poderá conhecer de ofício, não transforma o caso concreto numa espécie de incompetência absoluta, porque nesse caso o vício não se convalidaria, podendo ser alegado a qualquer momento e até mesmo após o trânsito em julgado, por meio de ação rescisória. O objetivo do legislador foi apontar para a convalidação do vício após o transcurso do prazo de resposta do réu, ainda que seja possível ao juiz reconhecer sua incompetência relativa de ofício.

Não deixa de ser curiosa a opção do legislador, embora totalmente justificável à luz da prática forense. É criada uma matéria de ordem pública com menor força do que uma verdadeira matéria de ordem pública, considerando-se que o juiz somente reconhecerá a matéria de ofício até o transcurso do prazo de resposta. Depois disso, não poderá mais se manifestar sobre a matéria, contrariando regra básica das matérias de ordem pública: elas podem ser conhecidas de ofício a qualquer momento do processo. Quem sabe o legislador entenda que a proteção ao réu não tenha o condão de transformar a matéria em questão de ordem pública, o que não deixa de ser discutível em virtude da possibilidade do reconhecimento da matéria de ofício, atuação do juiz concernente às matérias de ordem pública.

Não é a primeira vez que o legislador confunde a natureza da matéria e a possibilidade de seu reconhecimento de ofício para resolver problemas práticos. No art. 526, parágrafo único, criou-se

uma interessante hipótese de requisito de admissibilidade recursal que somente poderá ser conhecido pelo juiz se alegado pela parte interessada. É de fato curioso, já que os requisitos de admissibilidade são matérias de ordem pública, devendo o juiz conhecê-las de ofício, o que não ocorre na hipótese prevista pelo dispositivo comentado[94]. Não deixa de ser, no mínimo, uma confusão entre natureza de matéria e condições para seu reconhecimento em juízo.

A nova norma criou uma hipótese de preclusão temporal para o juiz, fenômeno que parecia não existir no ordenamento processual brasileiro, considerando-se que os prazos para o juiz são prazos impróprios, pois, uma vez descumpridos, nenhum efeito processual se verificará. Os efeitos gerados por descumprimento de prazo impróprio pelo juiz serão, quando muito, de natureza disciplinar[95]. Não havendo consequência processual dessa omissão, não se pode falar em preclusão temporal para o juiz, pois mesmo depois de transcorrido o prazo para a realização ao ato, será totalmente lícita a sua realização.[96]

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, "é natural que sejam impróprios os prazos fixados para o juiz porque ele não defende interesses pessoais no processo, mas cumpre deveres. Seria contrário à ética e ao senso-comum a definitiva dispensa de cumprimento de um dever, em razão do seu não cumprimento no prazo. Para alguns, talvez isso fosse até um prêmio... O juiz que excede prazos sem motivo justo é um mau pagador das promessas constitucionais de tutela jurisdicional e deve suportar sanções administrativas ou mesmo pecuniárias, mas inexiste a sanção processual das preclusões."[97]

Após o regramento do art. 114 do CPC, não mais será possível se afirmar que a preclusão temporal não atinge o juiz, ao menos na hipótese prevista em lei.

10.4.4. Competência do juízo

Após a determinação da competência do foro, ainda se exigirá, a depender do caso concreto, a determinação da competência do juízo. Nesse caso será indispensável a utilização da competência em razão da pessoa e da matéria, ambas espécies de competência absoluta.

A competência em razão da pessoa não vem regulada expressamente pelo Código de Processo Civil, mas nem por isso deixa de ser lembrada pela melhor doutrina, tendo importante aplicação prática. Registre-se mais uma vez que as regras de competência em razão da pessoa são de natureza absoluta, não admitindo prorrogação. Uma vez fixadas em norma de organização judiciária, determinarão a competência do juízo em interesse geral da administração da Justiça.

A importância dessa espécie de competência na determinação do juízo competente no âmbito do direito consumerista é secundária, considerando-se que é o objeto da demanda que a caracteriza como sendo consumerista, e não os sujeitos que participam do processo. Ainda assim, é possível se verificar a exigência de uma vara especializada pela pessoa em causas que tenham como objeto o direito do consumidor. Tradicional exemplo desse tipo de vara especializada é a Vara da Fazenda Pública – com competência para julgamento das causas envolvendo o Estado e o Município –, que pode naturalmente ter processos que tratem de direito do consumidor.

De maior relevância é a competência em razão da matéria, também composta por regras de competência absoluta, inadmissível, portanto, a prorrogação. Sempre que estiverem fixadas em

norma de organização judiciária, determinarão a competência do juízo, em interesse geral da administração da Justiça. As normas de organização judiciária criam varas especializadas, que concentram todas as demandas pertencentes a um determinado foro – geralmente da Capital ou de cidade de grande porte –, tomando-se por base matéria específica. O objetivo é bastante claro: especializar os servidores da justiça, inclusive e principalmente o juiz, em uma determinada matéria, dispensando estudos mais aprofundados de tantas outras, o que teoricamente ensejará uma prestação jurisdicional de melhor qualidade. Vivemos, afinal, em tempos de especialização.

No tocante à existência dessas varas especializadas, por encontrar sua maior aplicação em previsões constantes de leis de organização judiciária, tudo dependerá da vontade do legislador local, que, percebendo a necessidade de varas especializadas, as criará, atribuindo-lhes competência de natureza absoluta. Assim, é possível que em qualquer comarca seja criada vara especializada do direito do consumidor, e, sempre que isso ocorrer, será a vara competente para julgar todas as demandas envolvendo o direito consumerista.

Registre-se, por fim, que, por se tratar da fixação de competência de juízo, somente após a fixação da competência do foro terá alguma relevância a existência ou não de vara especializada em razão da matéria ou da pessoa. Essas varas especializadas não modificam a regra de competência de foro, só passando a ter importância após tal determinação. Nesse sentido, há inclusive entendimento consolidado pela Súmula 206 do STJ: "A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo", que também pode ser aplicada para as varas especializadas em razão da matéria.

10.5. INTERVENÇÕES DE TERCEIROS

10.5.1. Introdução

Por intervenção de terceiros entende-se a permissão legal para que um sujeito alheio à relação jurídica processual originária ingresse em processo já em andamento. Apesar das diferentes justificativas que permitem esse ingresso, as intervenções de terceiros devem ser expressamente previstas em lei, tendo fundamentalmente como propósitos a economia processual (evitar a repetição de atos processuais) e a harmonização dos julgados (evitar decisões contraditórias). É natural que, uma vez admitido no processo, o sujeito deixa de ser terceiro e passa a ser considerado parte; em alguns casos, "parte na demanda", e noutros, "parte no processo"[98].

O Capítulo IV do Livro I do Código de Processo Civil tem como título "Da intervenção de terceiros", compreendendo a oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide e chamamento ao processo (arts. 56 a 80 do CPC). Apesar de estar em capítulo distinto, é unânime a doutrina em apontar também a assistência (Capítulo III, arts. 50 a 55 do CPC) como forma de intervenção de terceiro[99]. Essas cinco espécies de intervenção são consideradas as intervenções de terceiros típicas de nosso ordenamento processual.

Ocorre, entretanto, que nem todas as intervenções encontram sua justificação nessas cinco modalidades típicas de intervenção de terceiro, o que demonstra que o rol legal é meramente exemplificativo. Previsões legais esparsas que permitem a intervenção de um terceiro em processo já

em andamento e que não são tipificáveis em nenhuma dessas cinco modalidades, constituem as chamadas intervenções de terceiros atípicas. A definição dessa espécie de intervenção dependerá da amplitude que se pretenda dar à atipicidade, não existindo unanimidade na doutrina a respeito de quais efetivamente sejam essas intervenções atípicas.

O Código de Defesa do Consumidor tem apenas dois dispositivos legais que tratam expressamente desse tema: (i) o art. 88, que expressamente proíbe a denunciação da lide na hipótese do art. 13, parágrafo único; e (ii) o art. 101, II, que permite ao réu chamar ao processo o segurador. Dessa forma, a análise se concentrará nesses dois dispositivos legais e nas duas espécies de intervenção de terceiro tratadas por eles.

10.5.2. Denunciação da lide

10.5.2.1. Vedação legal

O art. 12 da Lei 8.078/1990 prevê uma responsabilidade solidária entre o fabricante, o produtor, o construtor e o importador pela reparação de danos suportados pelo consumidor pelos defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. O comerciante, entretanto, só responde solidariamente com esses sujeitos nas hipóteses previstas pelo art. 13 do mesmo diploma legal.

Interessa à presente análise o disposto no parágrafo único do art. 13 do mencionado diploma legal, ao prever o direito regressivo daquele que responder perante o consumidor contra os demais responsáveis, norma que envolve tanto os sujeitos indicados no art. 12 como o comerciante. A expressa previsão de direito regressivo traz imediatamente à tona a denunciação da lide. Serve essa espécie de intervenção de terceiro para que uma das partes traga ao processo um terceiro que tem responsabilidade de ressarci-la pelos eventuais danos advindos do resultado desse processo.

Segundo autorizada doutrina, a denunciação da lide é uma demanda incidente, regressiva, eventual e antecipada: (a) incidente porque será instaurada em processo já existente; (b) regressiva porque fundada no direito de regresso da parte contra o terceiro; (c) eventual porque guarda uma evidente relação de prejudicialidade com a demanda originária, considerando-se que, se o denunciante não suportar dano algum em razão de seu resultado, a denunciação da lide perderá seu objeto[100]; (d) antecipada porque, no confronto entre o interesse de agir e a economia processual, o legislador prestigiou a primeira; afinal, não havendo ainda nenhum dano a ser ressarcido no momento em que a denunciação da lide ocorre, em tese não há interesse de agir do denunciado em pedir o ressarcimento. Razões de economia processual, entretanto, permitem excepcionalmente uma demanda sem interesse de agir[101].

Seria natural se imaginar, em decorrência da expressa previsão de direito regressivo, que o sujeito escolhido pelo autor-consumidor para figurar no polo passivo da demanda possa denunciar à lide os demais sujeitos indicados pelos dispositivos consumeristas mencionados, nos termos do art. 70, III, do CPC. Ocorre, entretanto, que existe uma vedação expressa no art. 88 da Lei 8.078/1990 a essa espécie de intervenção, ao menos nas hipóteses do art. 13 do mesmo diploma legal.

Existem dois fundamentos essenciais para justificar a vedação à denunciação da lide, sucintamente explicitados por Kazuo Watanabe:

> "A denunciação da lide, todavia, foi vedada para o direito de regresso de que trata o art. 13, parágrafo único, do Código, para evitar que a tutela jurídica processual dos consumidores pudesse ser retardada e também porque, em regra, a dedução dessa lide incidental será feita com a invocação de uma causa de pedir distinta"[102].

10.5.2.2. Fundamentos da vedação legal

10.5.2.2.1. Dilação do tempo de duração do processo em prejuízo ao consumidor

O primeiro fundamento para justificar a vedação é não prejudicar o autor-consumidor no tocante ao andamento do processo, considerando-se que a intervenção de mais um (ou alguns) sujeito no polo passivo junto ao réu originário tornaria a relação jurídica processual mais complexa e, consequentemente, o andamento procedimental mais vagaroso. Na visão de prestigiado civilista, "a denunciação da lide não oferece os benefícios proclamados pelos processualistas. Se, por um lado, oferece economia processual para o denunciante, ao pegar uma carona no processo do autor, para este produz efeito contrário, pois retarda significativamente o andamento do seu processo, aumenta a complexidade probatória, além de outros inconvenientes"[103].

Essa visão, entretanto, leva em consideração apenas um aspecto do princípio da economia processual. Numa perspectiva mais ampla desse princípio, têm-se alguns institutos processuais que evitam a repetição de atos processuais, o que, numa análise macroscópica do princípio, são extremamente importantes, tais como as intervenções de terceiros, a reconvenção e a ação declaratória[104]. É evidente que, pensado o princípio equivocadamente de forma microscópica, voltada somente para o caso concreto, uma intervenção de terceiro como a denunciação da lide, ao tornar a relação jurídica processual mais complexa, atrasa a entrega da prestação jurisdicional naquela demanda. O ganho para o sistema como um todo, entretanto, justifica tal sacrifício do processo individualmente considerado.

O que se pretende demonstrar é que justificar a vedação do art. 88 do CDC com uma crítica ao instituto da denunciação da lide não é a melhor forma de lidar com o tema. Simplesmente desconsiderar o aspecto macroscópico do princípio da economia processual é se posicionar contra toda a estrutura de nosso processo civil, que, em diversos institutos, sacrifica o processo individualmente considerado para atender ao sistema como um todo.

No caso específico do art. 88 do CDC, seria mais adequado justificar a vedação legal tomando-se por base um conflito de interesses no caso concreto: o interesse do consumidor em obter um resultado mais rápido e de forma facilitada e o interesse público de se evitar a repetição de atos processuais e/ou a criação de novos processos. O legislador fez uma escolha em favor do consumidor, que pode até não ser considerada acertada, preferindo prestigiar um interesse privado a um interesse público, mas, de qualquer forma, é uma escolha clara e que não pode ser simplesmente desconsiderada.

Há, entretanto, doutrina crítica à opção legislativa:

> "A *ratio* desse dispositivo é a de não prejudicar o andamento da ação proposta pelo consumidor, mas, como já destaquei alhures, essa limitação pode violar o direito de acesso à justiça do réu, que seria facilitado pela via da ação regressiva"[105].

Compreendendo-se a *ratio* da norma, fica mais fácil defender uma visão intermediária entre a vedação expressa prevista no art. 88 do CDC e a admissão aparentemente genérica do art. 70, III, do CPC. Se o objetivo da vedação é proteger o consumidor, evitando uma demora maior no tempo de duração de seu processo, parece ser viável que o consumidor no caso concreto renuncie a essa proteção legal, admitindo expressamente a denunciação da lide realizada pelo réu.

É preciso lembrar que, ainda que deva arcar com os ônus de um tempo maior de duração do processo, o consumidor poderá ser beneficiado pela existência de variados réus condenados no momento em que o processo chegar à fase de cumprimento de sentença. O raciocínio é simples:

quanto mais réus tiverem sido condenados a ressarcir o dano suportado pelo consumidor, mais extenso será o patrimônio disponível para garantir a satisfação de seu direito.

É possível que o autor-consumidor, por ignorância ou desconhecimento, ajuíze a demanda reparatória contra réu que não tenha condição patrimonial confortável, existindo outros responsáveis solidários com condições muito mais adequada a garantir a futura satisfação de seu direito. Uma vez sendo denunciado à lide um desses sujeitos, entendo ser possível que o autor autorize a denunciação da lide, já pensando na melhor condição de satisfação de seu direito no momento da execução.

Poder-se-ia, inclusive, adotar por analogia o procedimento da nomeação à autoria, espécie de intervenção de terceiro que depende de anuência do autor. Dessa forma, uma vez denunciado à lide um terceiro no processo consumerista, deveria ser o autor intimado para se manifestar no prazo de cinco dias. Aceitando expressamente ou silenciando, o que seria compreendido como aceitação tácita, a denunciação será admitida e o terceiro citado para integrar o polo passivo da demanda; rejeitando, o prazo de resposta seria devolvido na íntegra para o réu, que continuaria a compor sozinho o polo passivo.

Note-se, entretanto, que, para que tenha algum sentido o entendimento ora defendido, é imprescindível se apontar o equívoco do legislador no tocante à intervenção de terceiro nas situações descritas pelos dispositivos analisados. Como já mencionado, a denunciação da lide tem com fundamento a existência de um direito regressivo da parte contra um terceiro, que é responsável por ressarcir seus eventuais danos advindos do processo judicial. Nessa espécie de intervenção de terceiro não existe relação jurídica de direito material entre o terceiro e a parte contrária, de forma que não se pode admitir uma condenação direta do denunciado em favor da parte contrária. A doutrina majoritária, justamente com fundamento na inexistência de relação jurídica de direito material entre a parte contrária e o denunciado, defende a impossibilidade de condenação direta do denunciado à lide, afirmando que as duas demandas existentes (autor-réu e denunciante-denunciado) são decididas de forma autônoma, em diferentes capítulos, o que inviabiliza essa condenação direta[106]. Mesmo doutrinadores que defendem a qualidade de litisconsorte do denunciado afirmam que essa qualidade jurídica processual não é suficiente para a condenação direta[107].

Dessa forma, se realmente se tratasse de denunciação da lide a intervenção prevista pela combinação dos arts. 13 e 88 do CDC, nenhuma vantagem possível haveria para o autor-consumidor, que teria todo o ônus de arcar com a presença do terceiro em seu processo sem poder executá-lo diretamente. Ocorre, entretanto, que, sendo os sujeitos descritos no art. 13 do CDC responsáveis solidários, a intervenção de qualquer um deles por iniciativa do réu é na realidade um chamamento ao processo. Nesse sentido, a melhor doutrina:

> "Em primeiro lugar, cumpre observar se a situação prevista no art. 88 do CDC enseja realmente denunciação da lide. É que, por força do parágrafo único do art. 7.º do CDC, há responsabilidade solidária de todos aqueles que tenham participado da cadeia produtiva (produtor, importador, distribuidor etc.). Ora, como hipótese de responsabilidade solidária, a modalidade interventiva cabível é o chamamento ao processo. Na verdade, não obstante a letra da lei, a proibição não diz respeito à denunciação da lide, mas, sim, ao chamamento ao processo"[108].

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a condenação direta do denunciado à lide, de forma a habilitar o autor a executar tanto o réu originário como também o denunciado à lide[109]. Dessa forma, mesmo que se admita haver uma denunciação da lide na hipótese ora analisada,

poderá tal forma de intervenção ser vantajosa ao consumidor no momento executivo.

Conclusivamente, sendo denunciação da lide, conforme previsto em lei, ou chamamento ao processo, como defendido corretamente pela doutrina, a possibilidade de o autor-consumidor concordar ou não com a intervenção provocada pelo réu-fornecedor seria saudável medida visando à criação de melhores condições à satisfação do direito.

10.5.2.2.2. Nova causa de pedir em razão da denunciação da lide

O segundo argumento para justificar a vedação contida no art. 88 do CDC é o de que, com a denunciação da lide, invariavelmente se verifica uma ampliação objetiva da demanda, já que essa forma de intervenção de terceiro em regra leva ao processo uma nova causa de pedir, estranha ao objeto do processo principal[110]. Existe um interessante debate doutrinário a respeito da real amplitude do art. 70, III, do CPC, envolvendo a questão relativa à garantia própria (referente à transmissão de direito) e imprópria (referente à responsabilidade civil de ressarcimento de dano).

Para parcela da doutrina, não pode a denunciação da lide levar ao processo um fundamento jurídico novo, que não estivesse presente na demanda originária, salvo a responsabilidade direta decorrente de lei ou contrato. Reconhecendo que sempre haverá uma ampliação objetiva da demanda em razão da denunciação da lide, essa parcela da doutrina entende que tal ampliação deve ser mínima, não se admitindo que se exija do juiz o enfrentamento da questão referente ao direito regressivo. Quando menciona a responsabilidade direta, quer essa doutrina dizer que o direito regressivo tem que ser natural e indiscutível diante do dano suportado pela parte denunciante, o que não exigirá do juiz o enfrentamento de novas questões relativas a esse direito, limitando-se o julgador a, uma vez condenado o denunciante, automaticamente condenar o denunciado ao ressarcimento[111].

Por outro lado, em teoria que merece ser acolhida, parcela da doutrina defende um entendimento significativamente amplo para o art. 70, III, do CPC, afirmando basicamente que as diferenças entre a garantia própria e imprópria e correspondentes institutos jurídicos adequados para sua discussão em termos de direito regressivo, teoricamente existentes na Itália, não podem contaminar o desenvolvimento do tema no Brasil. Nosso direito não prevê diferença entre a garantia própria e a imprópria, de forma que não será legítimo o intérprete criar essa diferença não prevista em lei para limitar a abrangência do direito de denunciar da lide o responsável regressivo[112].

Dessa forma, ainda que a denunciação da lide leve ao processo um fundamento jurídico novo, fundado na existência ou não do direito de regresso no caso concreto, esta deve ser admitida. Dentro da concepção de efetividade do processo, da celeridade processual e da harmonização dos julgados derivados da denunciação da lide, não se admite que tais princípios sejam sacrificados pela interpretação restritiva dessa espécie de intervenção de terceiro, até mesmo porque tal entendimento impediria a situação mais frequente de denunciação da lide, que envolve segurado e seguradora, na qual evidentemente deverá ser enfrentada e decidida no processo não só a existência do direito de regresso alegado pelo denunciado, como também a sua extensão[113].

Como adoto a teoria que admite a ampliação da causa de pedir por meio da denunciação da lide, não concordo com essa segunda justificativa para a vedação contida no art. 88 do CDC. A vinda de nova causa de pedir parece ser natural ao instituto em comento, em especial nas relações

consumeristas. Na realidade, a preocupação com o aumento de causas de pedir na demanda reflete na preocupação exposta no item anterior, de que o processo passe a demorar mais do que demoraria sem a denunciação da lide. Mais uma vez, portanto, lembro que a economia macroscópica deve prevalecer diante da economia microscópica, mas se a opção do legislador foi afastar essa forma mais ampla de economia processual para a proteção do consumidor no caso concreto, cabe ao operador do Direito respeitá-la.

10.5.2.2.3. Abrangência da vedação legal

O art. 88 do CDC, ao impedir a denunciação da lide, prevê que a vedação dessa forma de intervenção de terceiro se dê somente na hipótese do art. 13, parágrafo único do mesmo diploma legal. Como esse dispositivo está contido no capítulo da "responsabilidade pelo fato do produto e do serviço", há certa divergência doutrinária a respeito do âmbito de aplicação da vedação legal.

Para parcela da doutrina, embora numa interpretação literal possa se dizer que a vedação não alcança outras demandas consumeristas que versem sobre outro objeto que não a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, é preferível se valer da vedação para qualquer hipótese que envolva o consumidor no polo ativo e o fornecedor no polo passivo. Para essa corrente doutrinária, "a remissão apenas aos casos de responsabilidade por fato do produto, e não aos demais, contudo, não se justifica. É que também nas outras hipóteses de responsabilidade podem existir vários responsáveis – fornecedores que compõem a cadeia de consumo –, cuja permissão de ingresso em juízo, contra a vontade do consumidor-autor (que não os escolheu como réus, embora pudesse fazê-lo, repita-se, em razão da solidariedade), poderia ser-lhe bastante prejudicial. A analogia, aqui, se impõe"[114].

O entendimento é lógico, fundado nos objetivos pretendidos pelo legislador. Se a premissa da vedação é proteger o consumidor, evitando que seja obrigado a litigar contra quem não escolheu para compor o polo passivo, não há razão para uma interpretação restritiva. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, vinha entendendo no sentido de limitar a vedação legal nos termos da lei, admitindo a denunciação da lide nas hipóteses de responsabilidade por vício do produto e do serviço:

> "Recurso especial. Ação de indenização. Relação consumerista. Defeito no serviço. Decadência (art. 26 do Código de Defesa do Consumidor). Inaplicabilidade. Denunciação da lide. Impossibilidade, *in casu*. Petição inicial. Documentos indispensáveis à propositura da ação. Acórdão recorrido em harmonia com o entendimento desta corte. Litigância de má-fé. Não ocorrência. Recurso improvido. 1. Na discussão acerca do defeito no serviço, previsto na Seção II do Capítulo IV do Código de Defesa do Consumidor, aplica-se o art. 27 do referido diploma legal, segundo o qual o prazo é prescricional, de 5 (cinco) anos, a partir do conhecimento do dano e da sua autoria. 2. Nas relações de consumo, a denunciação da lide é vedada apenas na responsabilidade pelo fato do produto (art. 13 do Código de Defesa do Consumidor), admitindo-o nos casos de defeito no serviço (art. 14 do CDC), desde que preenchidos os requisitos do art. 70 do Código de Processo Civil, inocorrente, na espécie. 3. Está em harmonia com entendimento desta Corte Superior de Justiça o julgamento proferido pelo Tribunal de origem no sentido de que os documentos indispensáveis à propositura da ação são os aptos a comprovar a presença das condições da ação. 4. A aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico. 5. Recurso improvido" (STJ – REsp 1.123.195/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 16.12.2011 – *DJE* 03.02.2011)[115].

Mais uma vez demonstrando que a segurança jurídica não vem sendo a tônica na atuação do Superior Tribunal de Justiça, também há decisão no sentido defendido no texto, publicada no *Informativo 498*:

"**Denunciação da lide. CDC. Defeito na prestação de serviço.**

A Turma, ao rever orientação dominante desta Corte, assentou que é incabível a denunciação da lide nas ações indenizatórias decorrentes da relação de consumo seja no caso de responsabilidade pelo fato do produto, seja no caso de responsabilidade pelo fato do serviço (arts. 12 a 17 do CDC). Asseverou o Min. Relator que, segundo melhor exegese do enunciado normativo do art. 88 do CDC, a vedação ao direito de denunciação da lide não se restringiria exclusivamente à responsabilidade do comerciante pelo fato do produto (art. 13 do CDC), mas a todo e qualquer responsável (real, aparente ou presumido) que indenize os prejuízos sofridos pelo consumidor. Segundo afirmou, a proibição do direito de regresso na mesma ação objetiva evitar a procrastinação do feito, tendo em vista a dedução no processo de uma nova causa de pedir, com fundamento distinto da formulada pelo consumidor, qual seja, a discussão da responsabilidade subjetiva. Destacou-se, ainda, que a única hipótese na qual se admite a intervenção de terceiro nas ações que versem sobre relação de consumo é o caso de chamamento ao processo do segurador – nos contratos de seguro celebrado pelos fornecedores para garantir a sua responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (art. 101, II, do CDC). Com base nesse entendimento, a Turma negou provimento ao recurso especial para manter a exclusão de empresa prestadora de serviço da ação em que se pleiteia compensação por danos morais em razão de instalação indevida de linhas telefônicas em nome do autor e posterior inscrição de seu nome em cadastro de devedores de inadimplentes. REsp 1.165.279-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22.05.2012".

De qualquer maneira, mesmo nas hipóteses de vedação, uma vez tendo sido realizada a denunciação da lide e o processo se desenvolvido com o terceiro atuando no processo, não há razoabilidade para a anulação do processo. Nesse sentido, corretamente já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Processo civil. Denunciação da lide. Ainda que a denunciação da lide tenha sido mal indeferida, não se justifica, na instância especial, já adiantado o estado do processo, restabelecer o procedimento legal, porque a finalidade do instituto (economia processual) seria, nesse caso, contrariada. Civil. Responsabilidade civil. Nada importa que, no processo criminal, o réu tenha sido absolvido por falta de provas; a instância cível é autônoma. Recursos especiais não conhecidos" (STJ – REsp 170.681/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 01.04.2008 – *DJE* 15.04.2008).

10.5.3. Chamamento ao processo

10.5.3.1. Introdução

Da leitura das três hipóteses de cabimento do chamamento ao processo previstas pelo art. 77 do CPC, conclui-se que essa espécie de intervenção de terceiro tem forte ligação com as situações de garantia simples, nas quais se verifique uma coobrigação gerada pela existência de mais de um responsável pelo cumprimento da obrigação perante o credor. O art. 77, I, do CPC trata da relação entre devedor principal e fiador, o art. 77, II, do CPC, da relação entre fiadores, e o art. 77, III, do CPC, dos devedores solidários. Trata-se de espécie coercitiva de intervenção de terceiro[116], pela qual o terceiro será integrado à relação jurídica processual em virtude de pedido do réu e independentemente da sua concordância.

Segundo o art. 101, II, do CDC, o réu que tiver um contrato de seguro poderá chamar ao processo o segurador, sendo vedado o ingresso na demanda do Instituto de Resseguros do Brasil. Essa parte inicial do dispositivo legal deve ser analisada em duas etapas distintas.

10.5.3.2. Espécie atípica de chamamento ao processo

O dispositivo legal demonstra de maneira definitiva que a Lei 8.078/1990 não respeitou o

conceito das intervenções de terceiro típicas previstas pelo Código de Processo Civil. Como já afirmado, no art. 88 do CDC há menção à denunciação da lide quando na realidade o correto seria a previsão de chamamento ao processo, considerando a responsabilidade solidária pelo ressarcimento de danos suportados pelo consumidor de todos que participaram da cadeia de prestação de serviços ou alienação de produtos. No art. 101, II, do CDC, há previsão de chamamento ao processo quando o correto seria a denunciação da lide, considerando a natureza de direito regressivo existente entre segurado e seguradora.

Ocorre, entretanto, que se o art. 88 do CDC não tem muita justificativa para o equívoco quanto à espécie de intervenção de terceiro cabível, o mesmo não se pode dizer do art. 101, II, do CDC, que, ao prever o chamamento ao processo do segurador, foi ainda mais longe para determinar expressamente a aplicação do art. 80 do CPC à sentença que julgar procedente o pedido, condenando-se solidariamente o segurado e o segurador.

A proposital confusão foi bem notada pela melhor doutrina:

> "Interessante pôr em destaque que, fosse a matéria regulada pelo Código de Processo Civil, a hipótese de chamamento ao processo que se acabou de ver seria de denunciação a lide. Entretanto, na denunciação nunca o denunciado pelo réu poderia ficar diretamente responsável perante o autor. Assim, o instituto do chamamento ao processo foi usado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas com contornos diversos dos traçados pelo Código de Processo Civil, visando, com tal atitude, a uma maior garantia do consumidor (vítima ou sucessores)"[117].

O legislador consumerista criou uma nova forma de chamamento ao processo, criando uma verdadeira responsabilidade solidária entre segurado e seguradora pelo ressarcimento dos prejuízos suportados pelo consumidor. É curioso que, para essa forma de intervenção de terceiro, o legislador não tenha se preocupado com a demora procedimental que naturalmente o chamamento ao processo do segurado acarretará. Pensou antes na expressa permissão de condenação direta do segurador em benefício do consumidor, no tocante à condição patrimonial para futura satisfação de seu direito. Criou uma condenação direta que no sistema de intervenções de terceiro não existia e, mesmo permitindo que a intervenção regulada pelo art. 101, II, do CDC, postergue a entrega da prestação jurisdicional ao consumidor, a mera responsabilização direta do segurado é o suficiente para esse inevitável retardamento.

A engenhosa criação legislativa, amplamente favorável ao consumidor, no tocante às condições de efetivamente satisfazer uma eventual sentença condenatória, certamente foi saudada como inovadora nos primeiros anos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Afinal, como lembra a melhor doutrina, o tipo de responsabilidade tratado pelo dispositivo legal "seria típico de denunciação da lide e não de chamamento ao processo, já que esta última modalidade de intervenção de terceiro pressupõe solidariedade passiva entre os responsáveis pela reparação, o que, evidentemente, não há entre segurador e segurado, em face do autor da ação de indenização"[118].

Atualmente, entretanto, a previsão parece não ser mais tão relevante quanto outrora se mostrou, em especial quando se considera o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça a respeito da denunciação da lide da seguradora.

O Superior Tribunal de Justiça, nas demandas envolvendo denunciação da lide de seguradora, vem entendendo que, por haver entre denunciante e denunciado uma relação litisconsorcial, nos termos do art. 75, II, do CPC, a condenação da demanda originária cria uma responsabilidade

solidária de ambos perante a parte contrária, admitindo-se que a execução seja movida diretamente contra o denunciado. A tese vem, inclusive, sendo ampliada para se permitir a execução direta do denunciado para qualquer hipótese de denunciação da lide[119].

É interessante notar que muitas dessas decisões fundamentam-se em questões pragmáticas, na busca de uma maior efetividade do processo. Afirma-se que diversas vezes o causador do dano, condenado na demanda em que figurou como réu, não tem condições de ressarcir a vítima do ato danoso, de forma que não sofre real prejuízo econômico, o que inviabiliza a cobrança desse valor da seguradora. O processo, portanto, fica travado; a vítima tem decisão a seu favor e merece receber, bem como o causador do dano tem decisão contra a seguradora, mas, por ausência de condições financeiras do causador do dano em satisfazer a vítima, o credor originário – vítima – não recebe, e com isso o devedor final – seguradora – não precisa pagar nada. Para evitar tal situação de impasse e frustração dos resultados do processo, aplica-se a literalidade dos arts. 74 e 75, I, do CPC, admitindo-se o litisconsórcio entre denunciante e denunciado, o que permitirá a condenação e execução direta desse último.

Há, entretanto, justificativas mais técnicas, ora pela aplicação dos arts. 787 e 788 do CC, ora pela aplicação do art. 436 do CC, ao interpretar o contrato de seguro como de estipulação em favor de terceiro[120]. A função social do contrato justificaria a proteção de vítima de ato ilícito praticado por um dos contratantes (segurado) que tenha suportado algum dano, ainda que não faça parte da relação jurídica contratual.

Seja como for, com argumentos mais pragmáticos ou mais técnicos, a realidade é que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a condenação direta da seguradora denunciada à lide pelo réu, o que torna a previsão do art. 101, II, do CDC atualmente desnecessária. O objetivo primordial de tal norma, afinal, está sendo obtido diariamente nos foros brasileiros, independentemente da espécie de intervenção de terceiro que levou a seguradora ao processo e da natureza da relação jurídica de direito material discutida.

10.5.3.3. *Ação diretamente proposta contra a seguradora*

O art. 101, II, do CDC cria, pela aplicação do instituto do chamamento ao processo, uma responsabilidade solidária entre fornecedor e segurador para o ressarcimento dos danos suportados pelo consumidor. O Superior Tribunal de Justiça, por fundamentos variados, permite a condenação direta da seguradora denunciada à lide, ainda que não exista na demanda relação de consumo, criando, jurisprudencialmente, uma responsabilidade solidária do segurado e seguradora perante a vítima do ato ilícito.

Não demorou muito para surgirem decisões que, para manter a coerência do raciocínio, permitem o ingresso da demanda diretamente contra a seguradora, deixando-se fora dela o causador do dano, ou mesmo a formação de litisconsórcio passivo inicial entre eles, justamente em razão da solidariedade existente entre ambos:

> "Civil. Seguro. Ação indenizatória. Denunciação. Acolhimento. Seguradora. Responsabilidade solidária. Decorrência. Título judicial. Cláusula contratual. Sistema de reembolso. Aplicação restrita ao âmbito administrativo. I – O entendimento desta Corte é assente no sentido de que, em razão da estipulação contratual em favor de terceiro existente na apólice, a seguradora pode ser demandada diretamente para pagar a indenização. II – Se a seguradora poderia ter sido demandada diretamente, não resta

dúvida de que, ao ingressar no feito por denunciação, assumiu a condição de litisconsorte. Nessa situação, submete-se à coisa julgada e, no caso de condenação, é legitimada para figurar no polo passivo da execução, cabendo-lhe o adimplemento do débito nos limites da sua responsabilidade. III – Julgado procedente o pedido indenizatório e a denunciação da lide, a responsabilidade solidária da seguradora passa a ser fundada no título judicial e não no contrato. Assim, sem perquirir acerca da nulidade ou abusividade da cláusula prevendo que a seguradora será responsabilizada apenas pelo reembolso ao segurado, conclui-se ficar restrita sua aplicação aos pagamentos efetuados administrativamente. No que sobejar, a execução poderá ser intentada contra seguradora. Recurso provido" (STJ – REsp 713115/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – j. 21.11.2006 – *DJ* 04.12.2006).[121]

Em clara demonstração da insegurança jurídica gerada por decisões contraditórias do Superior Tribunal de Justiça, a 2.ª Seção, em julgamento publicado no *Informativo 490*, decidiu que a legitimidade passiva da seguradora depende da presença do segurado no polo passivo da demanda:

"**Recurso repetitivo. Seguro de responsabilidade civil. Ajuizamento direto exclusivamente contra a seguradora.**

A Seção firmou o entendimento de que descabe ação do terceiro prejudicado ajuizada, direta e exclusivamente, em face da seguradora do apontado causador do dano, porque, no seguro de responsabilidade civil facultativo, a obrigação da seguradora de ressarcir os danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não poderá ser reconhecida em demanda na qual este não interveio, sob pena de vulneração do devido processo legal e da ampla defesa. Esse posicionamento fundamenta-se no fato de o seguro de responsabilidade civil facultativa ter por finalidade neutralizar a obrigação do segurado em indenizar danos causados a terceiros nos limites dos valores contratados, após a obrigatória verificação da responsabilidade civil do segurado no sinistro. Em outras palavras, a obrigação da seguradora está sujeita à condição suspensiva que não se implementa pelo simples fato de ter ocorrido o sinistro, mas somente pela verificação da eventual obrigação civil do segurado. Isso porque o seguro de responsabilidade civil facultativo não é espécie de estipulação a favor de terceiro alheio ao negócio, ou seja, quem sofre o prejuízo não é beneficiário do negócio, mas sim o causador do dano. Acrescente-se, ainda, que o ajuizamento direto exclusivamente contra a seguradora ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a ré não teria como defender-se dos fatos expostos na inicial, especialmente da descrição do sinistro. Essa situação inviabiliza, também, a verificação de fato extintivo da cobertura securitária; pois, a depender das circunstâncias em que o segurado se envolveu no sinistro (embriaguez voluntária ou prática de ato doloso pelo segurado, por exemplo), poderia a seguradora eximir-se da obrigação contratualmente assumida. REsp 962.230-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08.02.2012".

Prefiro o segundo entendimento, que cria uma especial situação de legitimidade passiva concorrente e conjunta de seguradora e segurado, porque não há como se discordar do fundamento utilizado no julgamento supracitado de violação aos princípios do contraditório e ampla defesa na hipótese de a seguradora ser demandada sozinha. Como poderá impugnar os fatos constitutivos do direito do autor se não teve qualquer participação na situação fática descrita na petição inicial?

Seja como for, isoladamente ou em conjunto com o segurado, a legitimidade da seguradora afasta a aplicabilidade da parte final do art. 101, II, do CDC, que prevê que somente na hipótese de o réu ser declarado falido o consumidor poderia ingressar com a ação de indenização diretamente contra o segurador. Na realidade, não há qualquer necessidade de falência do segurado, cabendo o ingresso do consumidor diretamente contra a seguradora em qualquer hipótese, tudo dependendo de sua vontade na composição do polo passivo, que inclusive poderá contar com um litisconsórcio formado pelo segurado e seguradora.

10.5.3.4. *Vedação de integração do Instituto de Resseguros do Brasil*

O art. 101, II, do CDC, prevê que tanto na ação de indenização promovida contra o fornecedor em que se dê o chamamento ao processo do segurador, como na ação promovida diretamente contra o segurador, é vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. A vedação

é de denunciação da lide desse sujeito, e atende aos propósitos já expostos quanto à vedação constante no art. 88 do CDC. Nesse sentido ensina Kazuo Watanabe:

> "A vedação de denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e a dispensa de sua convocação para a ação, na condição de litisconsorte necessário, atendem ao objetivo de possibilitar aos consumidores e às vítimas de danos uma solução da lide mais rápida e sem os complicadores que, necessariamente, a intromissão na causa pelo Instituto de Resseguros do Brasil determinará, conforme a experiência ordinária indica"[122].

10.6. LITISCONSÓRCIO ALTERNATIVO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O litisconsórcio alternativo é tema enfrentado com extrema raridade, encontrando-se na doutrina nacional de forma mais aprofundada apenas as lições de Candido Rangel Dinamarco[123].

O instituto do litisconsórcio alternativo representa a possibilidade aberta ao autor para demandar duas ou mais pessoas quando tenha dúvidas fundadas a respeito de qual delas, efetivamente, deveria participar no polo passivo da demanda. Ou ainda, quando exista dúvida fundada a respeito de quem seja o titular do direito a ser discutido no processo, possa mais de um sujeito litigar em conjunto para, somente ao final do processo, se determinar a quem o direito pertence. O que caracteriza, fundamentalmente, o litisconsórcio alternativo é a indefinição a respeito do sujeito legitimado a litigar, seja no polo ativo, seja no polo passivo da demanda.

Observe-se que o litisconsórcio alternativo não se confunde com o litisconsórcio eventual ou sucessivo. Nestes, a parte sabe, com precisão, quem são os sujeitos que devem participar da relação jurídica processual, e o fator que caracteriza essa espécie de litisconsórcio é a cumulação de pedidos dirigidos contra ou por sujeitos distintos, que formarão o litisconsórcio; somente é possível o acolhimento do segundo pedido se for acolhido o primeiro ou ainda que o segundo seja acolhido não o sendo o primeiro. São exemplos de litisconsórcio sucessivo as hipóteses previstas nos arts. 1.698 e 928, parágrafo único, do CC.

Nas hipóteses de litisconsórcio sucessivo, não existe dúvida quanto à legitimidade; essa diferença é essencial para conceituar tal litisconsórcio de maneira diversa do alternativo, ora analisado. Nas corretas lições de Rodrigo Reis Mazzei:

> "A seguir os caminhos que estamos traçando no texto, como ponto de partida para a configuração do litisconsórcio sucessivo, na ação deverá constar – pelo menos – dois pedidos não idênticos, sendo que o segundo pedido (secundário) somente será analisado se ultrapassado o primeiro pleito – com decisão positiva. Contudo, essa situação, por si só, não gerará o litisconsórcio sucessivo, sendo necessário adequar a situação para o embate pedido e formação de polo plúrimo. O pormenor que gera o litisconsórcio sucessivo está no fato de que – quando se passa para o segundo pedido – há a análise subjetiva diferenciada do pedido antecessor, ou, com outras palavras, somente se avançará para o patrimônio jurídico do segundo litigante após a análise positiva (de resultado) em relação ao primeiro. Mister se fará que conste, *primeiramente*, comando decisório (aqui, *capítulo de sentença*) quanto ao primeiro litisconsorte, para, após, adentrar no segundo pedido, que é concernente ao litigante que está em *litisconsórcio sucessivo*"[124].

A distinção, inclusive, afasta o instituto do objeto do presente estudo, apesar de sua inegável complexidade e importância prática.

Alguns exemplos para justificar a existência de litisconsórcio sucessivo são dados por

Dinamarco, em sua maioria retirados das lições a respeito do tema dos italianos Giuseppe Tarzia e Ludovico Mortara, com as devidas citações. Aponta, primeiramente, para a hipótese de duas ou mais pessoas jurídicas, componentes do mesmo grupo econômico, realizarem diversos negócios jurídicos com terceiro de forma que não se saiba, com exatidão, qual delas é a efetivamente legitimada a propor a demanda, o que somente restará demonstrado com a análise de documentos em poder da parte contrária. Afirma que, nesse caso, será possível uma cumulação subjetiva eventual no polo ativo, de modo até mesmo a evitar a propositura de ações conexas – mesma causa de pedir – propostas em separado por tais pessoas jurídicas, a fundamentar o litisconsórcio no art. 46, III, do CPC[125].

Esse é um bom exemplo também para o polo passivo da demanda, em situações nas quais o autor não tem a exata concepção de quem realmente deverá compor tal polo processual. Atualmente, são tantas as empresas criadas por um mesmo grupo econômico, por exemplo, que, muitas vezes, existe a real dificuldade em individualizá-las no tocante a quem, efetivamente, participou da relação jurídica de direito material e que, por essa razão, deverá figurar no polo passivo da demanda. Um mesmo conglomerado financeiro exerce atividades de banco, financiadora, seguradora, administradora etc., exercidas por pessoas jurídicas diferentes, o que nem sempre fica muito claro para aqueles que com esse conglomerado fazem negócios.

Nesse tocante, é importante ressaltar algumas particularidades do direito consumerista, em que a figura do litisconsórcio alternativo deve ser tratada de forma diferenciada. Para análise, demanda-se o enfrentamento de duas situações distintas em decorrência da aplicação dos arts. 7.º, parágrafo único, 12 e 13, do CDC.

O art. 7.º, parágrafo único, do CDC, vem assim redigido: "Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo". Esse dispositivo constitui a regra geral de responsabilidade solidária entre todos os fornecedores que participaram da cadeia de fornecimento do serviço ou produto perante o consumidor. A regra justifica-se pela responsabilidade objetiva adotada pelo CDC, que dispensa a culpa como elemento da responsabilidade dos fornecedores[126]. Dessa maneira, independente de a culpa não ser do fornecedor demandado, ou não ser de todos os fornecedores demandados, haverá a condenação de quem estiver no polo passivo a indenizar o consumidor; assim, é inviável imaginar, em uma situação tratada à luz do dispositivo legal comentado, uma sentença terminativa por ilegitimidade de parte se for comprovado que a culpa não foi daquele fornecedor demandado.

Em razão da solidariedade entre todos os fornecedores e de sua responsabilidade objetiva, o consumidor poderá optar contra quem pretende litigar. Poderá propor a demanda para buscar o ressarcimento de seu dano somente contra um dos fornecedores, alguns, ou todos eles. A doutrina que já enfrentou o tema aponta, acertadamente, para a hipótese de litisconsórcio facultativo, considerando ser a vontade do consumidor que definirá a formação ou não da pluralidade de sujeitos no polo passivo e mesmo, quando se formar o litisconsórcio, qual a extensão subjetiva da pluralidade[127].

Nesse caso, portanto, de responsabilidade solidária e objetiva dos fornecedores, não será aplicável o instituto do litisconsórcio alternativo, pois, ainda que exista uma dúvida fundada por parte do consumidor sobre quem foi o causador direto de seu dano, a legislação consumerista, expressamente, atribui a responsabilidade a qualquer dos fornecedores que tenha participado da cadeia de produção do produto ou da prestação do serviço. Por ser inviável antever a ilegitimidade

de qualquer deles, ainda que nenhuma culpa tenha no evento danoso, pouco importa, para os fins do processo, a individualização do fornecedor que tenha sido o responsável direto pelo dano, de modo que é inconcebível, nesse caso, falar em litisconsórcio alternativo.

Essa disposição do CDC, repetida em outras normas do diploma consumerista – como os arts. 18, *caput*, 19, *caput*, 25, §§ 1.º e 2.º, art. 28, § 3.º, e art. 34 –, é demonstração clara de proteção ao consumidor, que não poderia ser afetado por incertezas a respeito de qual dos fornecedores foi o responsável direto pela ofensa aos seus direitos. A ideia é que os fornecedores, solidariamente, respondam perante o consumidor independente de sua culpa no caso concreto; assim, é lícito àquele que pagou e que não teve culpa ingressar com ação de repetição de indébito contra o fornecedor causador direto do dano. A proteção do consumidor, ao criar um litisconsórcio facultativo entre os fornecedores, afasta, por completo, a necessidade do litisconsórcio alternativo.

Registre-se que a melhor doutrina aponta para a possibilidade de o fornecedor condenado a satisfazer o consumidor, caso não tenha tido culpa no evento danoso, ou ainda que a culpa não tenha sido exclusivamente sua, ingressar com outro processo perante o fornecedor culpado pelo dano para receber aquilo que pagou ao consumidor[128]. O direito de regresso, entretanto, não poderá ser exercido no próprio processo, em virtude da proibição explícita do art. 88 do CDC, que impede a denunciação da lide nas demandas consumeristas. A disposição tem o fim de evitar complicações procedimentais naturais da ampliação subjetiva da relação jurídica processual, o que poderia trazer desvantagens ao consumidor[129].

Questão mais interessante vem da aplicação conjunta dos arts. 12 e 13 do CDC; indica o primeiro a responsabilidade solidária do fabricante, produtor, construtor e importador pela reparação de danos causados aos consumidores por defeito no produto; já o segundo dispositivo prevê uma responsabilidade subsidiária do comerciante, desde que: "I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis".

Apesar de forte corrente doutrinária entender que, nesse caso, o comerciante também terá responsabilidade de ressarcir o consumidor, ainda que possa, depois de satisfazê-lo, pleitear o ressarcimento perante o fabricante, produtor, construtor e importador[130], a leitura conjunta dos dois dispositivos legais anteriormente referidos demonstra que, ao ser verificada uma das hipóteses previstas pelo art. 13 do código consumerista, o comerciante não responderá perante o consumidor, por ser parte ilegítima para figurar no polo passivo do processo, em razão de sua responsabilidade somente subsidiária, não solidária[131]. A hipótese que mais interesse traz ao presente trabalho é certamente aquela prevista pelo referido art. 13, III, do CDC, que trata da causa excludente de responsabilidade do comerciante nos casos em que tenha conservado adequadamente produtos perecíveis.

Nessa hipótese, estar-se-á diante de típica situação em que o instituto do litisconsórcio alternativo poderá ser aplicado. É evidente que, em relação ao consumidor, existirão situações em que dificilmente conseguirá determinar, com exatidão, o responsável pelos defeitos do produto, sabendo somente que adquiriu de um determinado comerciante um produto perecível, o qual, por não estar no estado esperado, causou-lhe um dano. Ao dar o exemplo de um iogurte estragado ingerido pelo filho do consumidor, Luiz Antonio Rizzatto Nunes[132] afirma que, em casos como esse, "não é tão

simples determinar quando e onde ocorreu a deterioração do produto perecível".

Resta evidente que essa seria uma hipótese em que a fixação da legitimidade passiva somente poderá ser clarificada com a produção da prova pericial, pela qual se descobrirá, afinal, se o comerciante teve os cuidados necessários na conservação dos produtos perecíveis. Caso a prova técnica a ser produzida indique que o defeito do produto nada teve a ver com a conservação deste pelo comerciante, não haverá qualquer responsabilidade em ressarcir o consumidor, considerando até mesmo sua ilegitimidade passiva para figurar na demanda judicial. O consumidor, nesse caso, ingressaria com o processo contra os sujeitos que participaram da cadeia de produção do produto, formando um litisconsórcio alternativo em razão da dificuldade em aferir, no início da demanda, a responsabilidade ou não do comerciante – e, consequentemente, sua legitimidade.

Outro exemplo, dado por Cândido Rangel Dinamarco[133], refere-se à pessoa que

> "haja participado de negócio, sem ficar claro a ela própria se o fez em nome próprio, ou como representante de outrem. Se for o caso de vir a juízo poderá ela comparecer em litisconsórcio com o possível representado, postulando um provimento de mérito a favor de um ou de outro deles; se for o caso de mover-lhe ação, poderá o adversário demandar a quem negociou e ao seu possível representado, para que um deles seja atingido pelo julgamento do mérito e o outro, considerado parte ilegítima (litisconsórcio alternativo passivo)".

Aos exemplos dados pelo processualista paulista poderiam ser acrescidos outros, o que, entretanto, não se faz necessário, por serem suficientes os apresentados para a visualização de algumas hipóteses em que teria cabimento o litisconsórcio alternativo. O fenômeno processual sugerido somente passa a fazer sentido no momento em que se percebe nem sempre ser a questão da legitimidade – ativa ou passiva –facilmente resolvida antes da propositura da demanda judicial, o que resta claro somente após a produção de provas. Nesses casos, em que exista uma dúvida fundada a respeito da legitimidade, permitir-se-ia à parte a formação de um litisconsórcio mesmo que se saiba que nem todos os sujeitos participantes do processo deveriam estar ali; o problema seria, justamente, determinar quem deveria e quem não deveria participar da relação jurídica processual.

Existirá, claro, problema a ser resolvido no tocante à condenação nas verbas de sucumbência com relação à parte tida por ilegítima ao final do processo. Quem deverá arcar com tais verbas? O sujeito que não deveria ter sido parte no processo ou aquele que inclui o sujeito que não tinha legitimidade? Parece ser mais correto aplicar-se ao caso a regra da causalidade, pela qual deverá responder pelas verbas de sucumbência aquele que deu causa à demanda[134].

Ao ser demonstrada que a dúvida surgida quanto à legitimidade não é de nenhuma responsabilidade do sujeito que venha a ser considerado parte ilegítima, não haverá qualquer razão para arcar com as verbas de sucumbência. Esse seria mais um problema a ser enfrentado pelo demandante.

Independentemente dessa questão, o instituto do litisconsórcio alternativo gera uma nova e clara utilidade para a ação probatória autônoma com a função de demonstrar, mais explicitamente, qual sujeito tem legitimidade para participar da relação jurídica processual. Ainda que o problema de indefinição quanto à legitimidade repita-se na ação probatória autônoma, é inegável que os transtornos criados por tal instituto serão de menor monta em um processo que tenha como único e exclusivo objetivo a produção de prova que indique a legitimidade. Ao invés de forçar uma parte ilegítima a participar de todo o processo de conhecimento, com a demora e os custos típicos de tal

espécie de processo, a participação desse sujeito ficaria limitada a um processo judicial bem mais simples, rápido e barato, em manifesto benefício ao sistema processual.

Cumpre registrar que, nos países em que se adota o instituto das *diligências preliminares*, como Espanha, Argentina, Uruguai, Chile e Bolívia, existe uma hipótese de cabimento específica concernente à fixação da legitimação do polo ativo e passivo – cada qual com suas particularidades –, como forma de permitir ao autor o ingresso do "processo principal" somente contra sujeitos legitimados.

Em trabalho de maior fôlego[135], procurei demonstrar a importância para o direito brasileiro da adoção de uma ação probatória autônoma, desvinculada dos tradicionais requisitos cautelares. Dentre as várias utilidades práticas imaginadas com a adoção dessa espécie de demanda judicial, que teria como objeto exclusivamente a produção probatória, visualiza-se a preparação de outras demandas, no caso, da descoberta do polo passivo, como ocorre com as *diligências preliminares* analisadas.

Apesar de não se tratar de identidade plena do instituto das *diligências preliminares* com a ação probatória autônoma sugerida, fica evidente que, nos países indicados, também existe a dificuldade, em certas circunstâncias, de determinar-se a legitimação dos sujeitos que deverão compor os polos da relação jurídica do "processo principal". Nesses países, a própria legislação resolve o problema a prever um processo prévio para que as dúvidas sejam afastadas e proponha-se o processo regular do ponto de vista subjetivo.

Em conclusão, apesar da sugerida ação probatória autônoma não afastar por completo a existência do litisconsórcio alternativo, é bastante claro ser mais benéfico ao demandado que não é parte legítima e, por consequência, também ao próprio sistema processual, participar de um processo bem mais simples, barato e rápido que tenha como objeto exclusivo a prova de fatos que esclareçam a dúvida a respeito da legitimidade. Manter-se-ia a figura do litisconsórcio alternativo na ação probatória autônoma, mas o fenômeno se tornaria totalmente dispensável no processo principal.

10.7. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

10.7.1. Ônus da prova

A doutrina comumente divide o ônus da prova em dois aspectos: o primeiro, chamado de ônus subjetivo da prova, e o segundo, chamado de ônus objetivo[136]. No tocante ao *ônus subjetivo* da prova, analisa-se o instituto sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção de determinada prova ("quem deve provar o que"), enquanto no *ônus objetivo* da prova o instituto é visto como uma regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente. No aspecto objetivo, o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o *non liquet* diante de dúvidas a respeito das alegações de fato em razão da insuficiência ou inexistência de provas. Sendo obrigado a julgar e não estando convencido das alegações de fato, aplica a regra do ônus da prova.

Nesse sentido as lições de Leonardo Greco:

"As regras de distribuição do ônus da prova têm duplo objetivo: primeiramente, definir a qual das partes compete provar determinado fato, o chamado ônus subjetivo; em seguida, no momento da sentença, servir de diretriz no encadeamento lógico do julgamento das questões de fato, fazendo o juízo pender em favor de uma ou de outra parte conforme tenham ou não resultado provados os fatos que a cada uma delas interessam, o chamado ônus objetivo"[137].

O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistam fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito, porque nem sempre a parte que tinha o ônus de prova e não a produziu será colocada num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou, ainda, de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova.

Como já afirmado, o ônus da prova, em seu aspecto objetivo, é uma regra de julgamento, aplicando-se somente no momento final da demanda, quando o juiz estiver pronto para proferir sentença. É regra aplicável apenas no caso de inexistência ou insuficiência da prova, uma vez que, tendo sido a prova produzida, não interessando por quem, o juiz julgará com base na prova e não haverá necessidade de aplicação da regra ora analisada. Trata-se do *princípio da comunhão da prova* (ou aquisição da prova), que determina que, uma vez produzida a prova, ela passará a ser do processo, e não de quem a produziu[138]. Dessa forma, o aspecto subjetivo só passa a ter relevância para a decisão do juiz se ele for obrigado a aplicar o ônus da prova em seu aspecto objetivo: diante de ausência ou insuficiência de provas, deve indicar qual das partes tinha o ônus de provar e colocá-la numa situação de desvantagem processual.

10.7.2. Regras de distribuição do ônus da prova (art. 333 do CPC)

Segundo a regra geral estabelecida pelo art. 333 do CPC, cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, deve provar a matéria fática que traz em sua petição inicial e que serve como origem da relação jurídica deduzida em juízo. Em relação ao réu, também o ordenamento processual dispõe sobre ônus probatórios, mas não concernentes aos fatos constitutivos do direito do autor. Naturalmente, se desejar, poderá tentar demonstrar a inverdade das alegações de fato feitas pelo autor por meio de produção probatória, mas, caso não o faça, não será colocado em situação de desvantagem, a não ser que o autor comprove a veracidade de tais fatos. Nesse caso, entretanto, a situação prejudicial não se dará em consequência da ausência de produção de prova pelo réu, mas sim pela produção de prova pelo autor.

Caso o réu alegue, por meio de defesa de mérito indireta, um fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, terá o ônus de comprová-lo. Por *fato impeditivo* entende-se aquele de conteúdo negativo, demonstrativo da ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico, como, por exemplo, a alegação de que o contratante era absolutamente incapaz quando celebrou o contrato. *Fato modificativo* é aquele que altera apenas parcialmente o fato constitutivo, podendo ser tal alteração subjetiva, ou seja, referente aos sujeitos da relação jurídica (como ocorre, por exemplo, na cessão de crédito) ou objetiva, ou seja, referente ao conteúdo da relação jurídica (como ocorre, por exemplo, na compensação parcial). Fato extintivo é o que faz cessar a relação jurídica original, como a compensação numa ação de cobrança. A simples negação do fato alegado

pelo autor não acarreta ao réu o ônus da prova.

O ônus da prova carreado ao réu pelo art. 333, II, do CPC só passa a ser exigido no caso concreto na hipótese de o autor ter se desincumbido de seu ônus probatório, porque só passa a ter interesse na decisão do juiz a existência ou não de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor, após se convencer da existência do fato constitutivo do autor. Significa dizer que, se nenhuma das partes se desincumbir de seus ônus no caso concreto e o juiz tiver que decidir com fundamento na regra do ônus da prova, o pedido do autor será julgado improcedente.

Registre-se que parcela da doutrina defende a não aplicação do art. 333 do CPC, preferindo a aplicação do entendimento de que a regra de distribuição do ônus da prova entre as partes não deve ser fixada *a priori*, dependendo do caso concreto. Fala-se em *distribuição dinâmica do ônus da prova* para determinar a regra que concede ao juiz a distribuição no caso concreto, dependendo de qual parte tenha maior facilidade na produção da prova[139]. O Superior Tribunal de Justiça vem aplicando a regra da inversão do ônus da prova em ações civis por danos ambientais[140].

Conforme será analisado no devido momento, a inversão judicial derivada da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança de suas alegações, consagrada no art. 6.º, VIII, do CDC, parece ser construção legal derivada da distribuição dinâmica do ônus probatório. A ideia de atribuir-se tal ônus à parte que tem melhores condições de produzir a prova no caso concreto é a principal justificativa da regra legal mencionada[141].

Esse entendimento resta reconhecido quando a doutrina afirma que, "ao contrário do que se pode pensar, a regra do art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor não é privativa das relações de consumo, aplicando-se a todas as hipóteses em que as regras do art. 333 do CPC venham a gerar uma concreta desigualdade entre as partes ou tornar excessivamente onerosa a demonstração da verdade fática que a uma delas interessa"[142].

Não concordo com essa aplicação extensiva por questões de hermenêutica, mas concordo que a inversão além das relações consumeristas em razão da hipossuficiência técnica da parte é tese nitidamente vantajosa para a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, sendo mais justa e racional que o sistema da distribuição estática do ônus probatório atualmente consagrado no art. 333 do CPC. A mudança, entretanto, depende de alteração da lei.

Certamente influenciado pela sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, o PLNCPC adota essa forma dinâmica de distribuição do ônus da prova. Apesar de o art. 380, em seus dois incisos, repetir as regras contidas no art. 333 do CPC/1973, o § 1.º permite que o juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribua, em decisão fundamentada e com respeito ao princípio do contraditório, o ônus da prova de forma diversa.

Consagra-se legislativamente a ideia de que deve ter o ônus da prova a parte que tenha maior facilidade em produzir a prova e se livrar do encargo. Como essa maior facilidade dependerá do caso concreto, cabe ao juiz fazer a análise e determinar qual o ônus de cada parte no processo. Registre-se que, diante da omissão do juiz, as regras continuarão a ser aplicadas como sempre foram sob a égide do CPC/1973.

Apesar de o art. 380, § 1.º, do PLNCPC prever a possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova

"de modo diverso", naturalmente a regra trata da inversão do ônus da prova, até porque, sendo tais regras distribuídas entre autor e réu, o modo diverso só pode significar a inversão da regra legal. Tanto assim que o dispositivo expressamente se refere aos casos previstos em lei como umas das hipóteses da fixação "de modo diverso", e esses casos são justamente os de inversão do ônus da prova.

10.7.3. Inversão do ônus da prova

Existem três espécies de inversão do ônus da prova: (a) convencional; (b) legal; (c) judicial.

10.7.3.1. Inversão convencional

A inversão convencional decorre de um acordo de vontades entre as partes, que poderá ocorrer antes ou durante o processo. Essa forma de inversão tem duas limitações previstas pelo art. 333 do CPC, que prevê a nulidade dessa espécie de inversão quando: (i) recair sobre direito indisponível da parte; (ii) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Essa segunda limitação legal é aplicável nas hipóteses de inversão do ônus probatório diante da alegação de fato negativo indeterminado, cuja prova é chamada pela doutrina de "prova diabólica"[143].

Note-se que não é difícil a prova de um fato negativo determinado, bastando, para tanto, a produção de prova de um fato positivo determinado incompatível logicamente com o fato negativo. O problema é o fato negativo indeterminado (fatos absolutamente negativos), porque nesse caso é até possível a prova de que a alegação desse fato é falsa, mas é impossível a produção de prova de que ela seja verdadeira[144].

Essa forma de inversão do ônus da prova tem interessante particularidade no tocante ao direito consumerista em razão do art. 51, VI, da Lei 8.078/1990, que prevê como sendo nula de pleno direito a cláusula contratual que estabeleça inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

Para parcela da doutrina, "o dispositivo do CDC ora analisado não proíbe a convenção sobre o ônus da prova, mas, sim, tacha de nula a convenção se trouxer prejuízo ao consumidor. Trata-se de norma salutar, adotada pelos mais modernos sistemas jurídicos que regulam as relações de consumo"[145].

A lição doutrinária é correta, porque nem sempre o ônus da prova será do fornecedor e, nesses casos, uma eventual inversão contratual do ônus da prova viria a favorecer o consumidor. Qualquer cláusula contratual, entretanto, que atribua ao consumidor um ônus probatório que seria legalmente do fornecedor será considerada nula de pleno direito.

O Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente aos processos consumeristas, exige que uma cláusula contratual que atribua ao fornecedor o ônus probatório de uma prova diabólica também seja considerada nula, nos termos do art. 333, do CPC. Mesmo se considerando a superioridade técnica do fornecedor diante do consumidor, como ocorre num contrato de adesão imposto por ele, aceitar um ônus em tal circunstância não deve ser admitido, sob pena de frustração *a priori* da obtenção de tutela jurisdicional de qualidade. Aplicam-se ao caso as lições de melhor doutrina a

respeito do tema:

> "A assunção de encargo de uma *probatio diabolica*, ainda quando resultante da vontade da própria parte, significaria fadar a insucesso muito provável a pretensão que no processo ela alimenta e defende; a parte tem até mesmo o poder de transigir ou mesmo renunciar aos direitos disponíveis, mas não o de envolver em suas atividades suicidas o juiz, que está no exercício de uma função pública (o processo não é um negócio de família)"[146].

10.7.3.2. *Inversão legal*

A inversão legal vem prevista expressamente em lei, não exigindo o preenchimento de requisitos legais no caso concreto. Significa dizer que para sua aplicação do caso concreto basta a tipificação legal, não sendo, portanto, exigível qualquer decisão judicial determinando tal inversão. Na realidade, a decisão judicial nesse sentido é desnecessária, porque a inversão não decorre de análise a ser realizada pelo juiz no caso concreto, mas da própria previsão legal.

Para parcela da doutrina, essa forma de inversão nem poderia tecnicamente ser chamada dessa forma, sendo uma mera exceção legal à regra prevista no art. 333 do CPC. Assim, "a inversão *ope legis* é determinada pela lei, aprioristicamente, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 333 do CPC"[147].

Os exemplos dessa espécie de inversão do ônus probatório são encontrados no Código de Defesa do Consumidor, em três passagens do diploma legal.

A primeira previsão cuida do ônus do fornecedor de provar que não colocou o produto no mercado, que ele não é defeituoso ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros pelos danos gerados (art. 12, § 3.º, do CDC). Significa dizer que, havendo um consumidor no polo ativo da demanda, e sendo sua pretensão fundamentada na alegação de defeito do produto, caberá ao fornecedor demonstrar em juízo uma das causas excludentes de responsabilidade previstas pelo dispositivo legal mencionado, sob pena de o pedido do autor ser julgado totalmente procedente, independentemente da prova produzida.

A segunda previsão cuida do ônus do fornecedor de provar que o serviço não é defeituoso ou que há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro nos danos gerados (art. 14, § 3.º, do CDC). As mesmas considerações feitas à alegação consumerista de defeito do produto são aplicáveis ao defeito do serviço.

Essas duas hipóteses de inversão legal do ônus da prova nem sempre são bem compreendidas pela doutrina que as enfrenta, que insiste em associar os arts. 12, § 3.º, e 14, § 3.º, ao art. 6.º, VIII, todos do CDC[148]. E o Superior Tribunal de Justiça parece referendar esse entendimento, ao exigir a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de sua alegação para justificar a inversão do ônus da prova, mesmo quando a pretensão consumerista é fundada em defeito do produto ou do serviço[149]. Na praxe forense também se nota uma associação quase imediata dos dispositivos legais mencionados, recorrendo os próprios consumidores ao art. 6.º, VIII, do CDC.

A realidade doutrinária, jurisprudencial e prática é funesta para o consumidor. Sempre que se exige o preenchimento de requisitos para a inversão da prova, naturalmente se dificulta o acesso do consumidor a esse direito garantido pela legislação consumerista. E tecnicamente a realidade é

criticável, por confundir diferentes espécies de inversão do ônus da prova, como se não houvesse diferença entre a inversão legal e a judicial.

Mas há doutrina que bem compreende as normas legais, facilitando sobremaneira a defesa dos interesses do consumidor em juízo, como Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que, ao comentar os dispositivos legais mencionados, afirmam que "tais normas afirmam expressamente que o consumidor não precisa provar o defeito do produto ou do serviço, incumbindo ao réu o ônus de provar que esses defeitos não existem"[150].

Por fim, a terceira previsão consumerista que versa sobre inversão legal do ônus da prova cuida da inversão do ônus do fornecedor provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária que patrocina (art. 38 do CDC). Conforme ensina a melhor doutrina, "a inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6.º, VIII, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória"[151]. E além de obrigatória, por ser *ope legis*, independe "de qualquer ato do juiz. Logo, não lhe cabe sobre ele se manifestar, seja no saneador ou no momento posterior"[152].

Essa terceira hipótese de inversão do ônus da prova não é associada ao art. 6.º, VIII, do CDC, muito em razão da literalidade do art. 38 do mesmo diploma legal, que, ao prever ser o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária de quem as patrocina, não haverá mesmo como se confundir os dois dispositivos legais e as diferentes espécies de inversão do ônus probatório consagradas em cada um deles.

Registre-se, finalmente, que a inversão do ônus da prova nesse caso dependerá do polo da demanda a ser ocupado pelo consumidor. Como bem observado por Kazuo Watanabe, "se é o patrocinador da publicidade quem, com a afirmativa de veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, postula uma tutela jurisdicional, não haverá inversão do encargo de provar, pois, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, é seu o ônus da prova. Haverá inversão do ônus da prova se a posição processual dele for de quem assume uma atitude defensiva diante da afirmativa do consumidor de inveracidade ou incorreção da informação ou comunicação publicitária, pois, nesta hipótese, pelas regras do Direito Processual comum, o ônus da prova seria do autor, na hipótese, o consumidor"[153].

10.7.3.3. *Inversão judicial*

Na inversão judicial caberá ao juiz analisar, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos legais, como ocorre no art. 6.º, VIII, do CDC, que prevê a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor sempre que este for hipossuficiente ou suas alegações forem verossímeis, sendo aplicável, inclusive, nas ações coletivas consumeristas[154].

Trata-se, portanto, de inversão *ope iudicis* e não *ope legis*[155]. É evidente que não basta, nesse caso, a relação consumerista, cabendo ao juiz analisar no caso concreto o preenchimento dos requisitos exigidos por lei. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de não ser automática a inversão nesse caso, dependendo sempre do preenchimento dos requisitos legais:

> "Agravo regimental no agravo de instrumento. Tutela antecipada. Verificação da presença dos requisitos. Art. 273 do CPC. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Inversão do ônus probatório. Acórdão recorrido em consonância com a

jurisprudência do STJ. Divergência jurisprudencial. Ausência de similitude fática. 1. É vedado, em sede de recurso especial, o exame da presença dos pressupostos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, porquanto tal demandaria a incursão nos elementos fático-probatórios dos autos. Incidência da Súmula 7 do STJ. 2. O tema relativo à inversão do ônus da prova foi decidido pelo acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência do STJ sobre o tema, no sentido de que a referida inversão não decorre de modo automático, demandando a verificação, em cada caso, da presença dos requisitos autorizadores, a saber: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor. 3. O conhecimento do recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional exige a semelhança entre as circunstâncias fáticas delineadas no acórdão recorrido e as previstas no aresto paradigma, situação inexistente no presente caso. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ – AgRg no Ag 1300186/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Raul Araújo – j. 26.04.2011 – *DJE* 10.05.2011).[156]

Registre-se que o preenchimento desses requisitos será feito, no máximo, no segundo grau de jurisdição, considerando o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça no sentido que analisá-los em sede de recurso especial violaria o entendimento consagrado na Súmula 7 daquele tribunal:

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Inversão do ônus da prova. Art. 6.º, VIII, do CDC. Requisitos. Hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança das alegações. Análise em sede de recurso especial. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. 1. A inversão do ônus da prova depende da aferição, pelo julgador, da presença da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor, a teor do art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. 2. É vedada, em sede de recurso especial, a análise da presença dos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova previstos no inciso VIII do art. 6.º do Código de Defesa do Consumidor, porquanto tal providência demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se sabe vedado pelo Enunciado 7 da Súmula do C. STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ – AgRg no Ag 1247651/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Raul Araújo – j. 28.09.2010 – *DJE* 20.10.2010).

A doutrina majoritária entende que o dispositivo legal deve ser interpretado literalmente, de forma que a hipossuficiência e a verossimilhança sejam considerados elementos alternativos, bastando a presença de um deles para que se legitime a inversão do ônus probatório[157].

Nesse sentido as lições de Sergio Cavalieri Filho:

"Muito já se discutiu se esses pressupostos são cumulativos ou alternativos, mas hoje a questão está pacificada no sentido da alternatividade. A própria conjunção alternativa empregada pelo legislador no texto está a apontar nesse sentido"[158].

Apesar dessa pacificação mencionada pelo jurista carioca, continuo a ter dificuldade em aceitar a alternatividade dos requisitos exigidos para a inversão judicial do ônus da prova, ainda que reconheça que a opção do legislador tenha sido realmente nesse sentido. Reconheço ser essa corrente manifestamente minoritária[159], mas ainda assim me arrisco a defendê-la.

Na realidade, custo a crer que uma alegação absolutamente inverossímil, ainda que presente a hipossuficiência do consumidor, seja apta por si só à inversão do ônus da prova, sob pena de termos de admitir a presunção de veracidade de fatos absurdamente inverossímeis. Alguma plausibilidade a alegação do consumidor deve conter, até mesmo porque a eventual falha probatória do fornecedor não deve ser suficiente para exigir do juiz a admissão de fatos que muito dificilmente ocorreram.

Imagine-se que um consumidor alegue que, realizando compras num *shopping center* da cidade, foi abduzido por extraterrestres, que com ele fizeram experiências terríveis, o que lhe teria gerado graves danos de ordem moral e material. A alegação, naturalmente, é inverossímil, mas claramente haverá uma hipossuficiência do consumidor, que terá extrema dificuldade em provar o que alega. O fornecedor poderia até provar que nada daquilo ocorreu porque o autor da ação nunca esteve nas

dependências do *shopping center*, por meio da exibição dos vídeos captados pelas câmaras de segurança. Uma prova trabalhosa, mas não impossível, já que o autor teria mencionado o dia em que teria sido abduzido.

Na esdrúxula situação descrita, imagine-se que, por alguma falha processual, ou mesmo do sistema de segurança do *shopping center* no dia narrado pelo autor, o fornecedor não consiga provar que naquele exato dia nenhum dos fatos poderia materialmente ter ocorrido, porque o consumidor não estava em suas dependências na data narrada, ou, ainda, que lá esteve, mas foi filmado durante todo o tempo de sua presença.

A situação é teratológica propositalmente, somente para demonstrar o absurdo que pode ser gerado pela visão simplista derivada da interpretação literal do art. 6.º, VIII, do CDC, no tocante aos requisitos exigidos para a inversão judicial do ônus da prova em favor do consumidor. A preocupação não é nova, sendo encontrada em lições de doutrinadores afligidos com o exagero que uma visão protetiva do consumidor pode gerar no caso concreto[160].

Mesmo a doutrina que defende a alternatividade dos requisitos previstos no art. 6.º, VIII, do CPC, demonstra tal preocupação:

> "No caso da verossimilhança, não há duvida quanto à dispensabilidade de qualquer outro requisito. O mesmo já não ocorre, entretanto, com a hipossuficiência. Em nosso entender, não bastará que alguém alegue a ocorrência de um fato inverossímil, sem nenhuma probabilidade de ser verdadeiro, e mesmo assim tenha o ônus da prova invertido em seu favor por ser hipossuficiente"[161].

A mesma preocupação foi demonstrada pelo Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, que prevê expressamente em seu art. 380, § 2.º, que, na hipótese de inversão do ônus da prova em razão da hipossuficiência técnica da parte, a decisão "não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil".

10.7.3.3.1. Requisitos para a inversão judicial

10.7.3.3.1.1. Verossimilhança da alegação

O primeiro requisito para a inversão do ônus da prova previsto no art. 6.º, VIII, do CDC, é a verossimilhança da alegação do consumidor, exigindo-se que suas alegações de fato sejam aparentemente verdadeiras, tomando-se por base para essa análise as *máximas de experiência*, ou seja, aquilo que costuma ocorrer em situações similares à narrada na demanda judicial. Conforme já tive a oportunidade de defender, a verossimilhança é uma aparência da verdade pela mera alegação de um fato que costuma ordinariamente ocorrer, não se exigindo para sua constituição qualquer espécie de prova[162], de forma que a prova final será exigida somente para o convencimento do juiz para a prolação de sua decisão, nunca para permitir a inversão judicial do ônus de provar.

Registre-se corrente doutrinária contrária ao afirmado, que defende ser a verossimilhança fruto de um "juízo de probabilidade extraída de material probatório de feitio indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor"[163].

Para Kazuo Watanabe, "na verdade não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de

experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova"[164].

10.7.3.3.1.2. Hipossuficiência do consumidor

O segundo requisito para a inversão do ônus da prova previsto no art. 6.º, VIII, do CPC, é a hipossuficiência do consumidor. Trata-se de requisito bem mais polêmico na doutrina que o primeiro, embora seja possível se verificar uma tendência doutrinária majoritária no sentido de entender que a hipossuficiência exigida pela lei é a técnica.

A condição econômica do consumidor, portanto, é irrelevante, porque mesmo consumidores abastados, eventualmente em situação econômica até mais confortável que a do fornecedor, podem ter dificuldades de acesso às informações e meios necessários à produção da prova. Nas corretas palavras de Kazuo Watanabe, "ocorrendo, assim, situação de manifesta posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, de que decorra a conclusão de que é muito mais fácil ao fornecedor provar a sua alegação, poderá o juiz proceder à inversão do ônus da prova"[165].

Deve-se, entretanto, ter muito cuidado no caso concreto com essa inversão do ônus da prova, porque não parece razoável que com a inversão no caso concreto ao fornecedor seja imposto um ônus do qual será extremamente difícil, ou até mesmo impossível, se desincumbir. A superioridade técnica do fornecedor deve se manifestar no caso concreto de forma que a ele seja viável ou mais fácil a produção da prova, e quando isso não ocorre é difícil sustentar a hipossuficiência do consumidor.

Vale considerar a respeito do tema as lições de Cândido Rangel Dinamarco:

> "O Código de Defesa do Consumidor não impõe expressamente qualquer limitação aos efeitos da inversão judicial do ônus da prova, ou seja, nele não se vê qualquer veto explícito às inversões que ponham o fornecedor diante da necessidade de uma *probatio diabolica*. Mas, se é ineficaz a inversão exagerada mesmo quando resultante de ato voluntário de pessoas maiores e capazes (CPC, art. 333, II), com mais fortes razões sua imposição por decisão do juiz não poderá ser eficaz quando for além do razoável e chegar ao ponto de tornar excessivamente difícil ao fornecedor o exercício de sua defesa. Eventuais exageros dessa ordem transgrediriam a garantia constitucional da ampla defesa e consequentemente comprometeriam a superior promessa de dar tutela jurisdicional a quem tiver razão (acesso à justiça)"[166].

No mesmo sentido se manifestou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Felipe Salomão, ao afirmar em voto que, "ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria"[167].

Realmente essa é uma situação que não pode ser desconsiderada. Quando a inversão do ônus de uma prova gerar ao fornecedor dificuldade extrema ou até mesmo de impossibilidade de produzir a prova, não será caso de inversão se o consumidor puder se desincumbir do ônus dessa prova. Deve se levar a sério a espécie de hipossuficiência exigida pelo art. 6.º, VIII, do CDC, que não tem vinculação à notória vulnerabilidade do consumidor diante o fornecedor, mas sim a maior facilidade

na produção da prova. Ora, se a maior facilidade de produzir a prova é do consumidor, o hipossuficiente nesse caso é o fornecedor! E assim sendo, insista-se, não é caso de inversão do ônus da prova.

Deve-se levar em consideração interessante apontamento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça em voto já mencionado: "a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, definitivamente, não significa facilitar a procedência do pedido por ele deduzido, tendo em vista – no que concerne à inversão do ônus da prova – tratar-se de dispositivo vocacionado à elucidação dos fatos narrados pelo consumidor, transferindo tal incumbência a quem, em tese, possua melhores condições de fazê-lo."[168]

A lição é interessante porque corretamente aponta para a finalidade da inversão do ônus da prova: proporcionar uma maior facilidade na produção da prova, com o que o juiz se aproximará mais da verdade e proferirá uma decisão de melhor qualidade. Em nenhum momento a inversão deve ser regra voltada à vitória do consumidor em juízo, porque o que se objetiva é a busca da verdade que, naturalmente, nem sempre está ao lado do consumidor.

A situação é bem mais complexa se a hipótese enseja uma extrema dificuldade ou impossibilidade recíproca na produção da prova, que atinge tanto o consumidor como o fornecedor. O que fazer se o fato dificilmente poderá ser provado por ambas as partes que participaram da relação de direito material consumerista? Inverter o ônus é sacrificar sem chance de reação o fornecedor, mas não fazê-lo é sacrificar a pretensão do consumidor...

Nesse caso, não vejo alternativa que não seja levar em consideração os indícios colhidos no processo, que deverão ser excepcionalmente admitidos para se determinar ou não a inversão do ônus da prova. Se os indícios apontarem no sentido das alegações do consumidor, poderá inverter o ônus da prova e julgar em seu favor; por outro lado, se os indícios apontam para uma provável inverdade das alegações, deve ser mantida a regra do art. 333 do CPC e ser rejeitada a pretensão do consumidor.

Trago um exemplo para ilustrar meu posicionamento. Um consumidor recebe a notícia de que seu nome foi incluído no SERASA por instituição financeira, em razão de débito em sua conta-corrente. O consumidor alega que aquela conta foi encerrada há alguns anos atrás, e que a instituição financeira indevidamente a manteve aberta, debitando valores mensalmente. A instituição financeira, por sua vez, afirma que a conta nunca foi encerrada, justificando sua cobrança.

Por um lado, será impossível à instituição financeira provar que a conta-corrente não foi encerrada, considerando-se tratar-se de prova diabólica (fato negativo indeterminado). Por outro lado, entretanto, parece no mínimo exagerado exigir que o consumidor guarde consigo a documentação do referido encerramento realizado cinco, seis anos atrás. Sob pena de se tornar um "acumulador", qualquer pessoa normal não tem essa disposição em guardar papéis, ainda que relevantes como o de encerramento de uma conta-corrente.

Numa situação como essa, caberá ao juiz analisar os indícios presentes nos autos. Caso haja prova de que, desde a época em que o consumidor afirma ter encerrado a conta-corrente, não houve qualquer movimentação bancária, é um bom indício de que esteja dizendo a verdade. Se restar provado que à época do suposto encerramento o consumidor fez uma retirada de quase todo o valor contido na conta-corrente, procedimento comum que antecede seu encerramento, mais um forte

indício de que esteja dizendo a verdade. A ausência de declaração da referida conta no imposto de renda do consumidor é mais um indício que deve ser levado em consideração.

Nesse caso, mesmo sem uma prova cabal no sentido de que a conta-corrente foi encerrada, como alega o consumidor, ou de que ela foi mantida, como alega o fornecedor, os indícios presentes possibilitam a conclusão em favor do consumidor. O juiz, portanto, deverá presumir em favor do consumidor, afirmando que a ausência de prova do fornecedor de que a conta não tenha sido encerrada permita que ele se convença do contrário, mesmo que inexistentes nos autos os documentos comprobatórios de tal encerramento.

A solução, portanto, passa por um juízo de probabilidade colhido com os indícios existentes no processo, porque, sendo impossível ou extremamente difícil a produção da prova para ambas as partes, não será justo nem adequado a inversão do ônus da prova automaticamente, como também não será justo em todas as hipóteses carrear tal ônus ao consumidor.

10.7.4. Momento de inversão do ônus da prova

Na inversão convencional e legal, não surge problema quanto ao momento de inversão do ônus da prova; na primeira, estará invertido o ônus a partir do acordo entre as partes, e, na segunda, a inversão ocorre desde o início da demanda. Na hipótese judicial, entretanto, a inversão dependerá de uma decisão judicial fundada no preenchimento dos requisitos legais, e o momento da prolação dessa decisão não é tema pacífico na doutrina, existindo ao menos três correntes.

Para parcela doutrinária, o momento adequado para o juiz inverter a regra do ônus da prova é o momento de sua aplicação, qual seja o julgamento do processo. Por esse entendimento, por se tratar o ônus da prova uma regra de julgamento, não teria sentido tratá-la antes desse momento procedimental, inclusive quanto à sua inversão. Sérgio Cruz Arenhart afirma que "parece mais adequado entender que o sistema processual brasileiro vê na regra sobre o ônus da prova uma regra de julgamento, de modo que a modificação do *onus probandi* realmente só pode dar-se por ocasião da prolação de decisões judiciais. De fato, se é certo que a regra em questão informa ao magistrado como deve decidir em caso de dúvida, somente na oportunidade em que proferirá decisão procederá ele a avaliação de seu convencimento"[169].

Existem decisões do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, inclusive permitindo a inversão do ônus da prova em grau recursal, sob o argumento de que, por se tratar de regra de julgamento, é esse o momento adequado de aplicá-la, inclusive de forma invertida:

> "Agravo regimental. Agravo de instrumento. Inversão do ônus da prova em 2.º grau de jurisdição. Possibilidade. Regra de julgamento. 1. Essa Corte firmou o entendimento de que é plenamente possível a inversão do ônus da prova em 2.º grau de jurisdição, pois cuida-se de uma regra de julgamento, que não implica em cerceamento de defesa para nenhuma das partes. 2. Agravo regimental não provido" (STJ – AgRg no Ag 1.028.085/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Vasco Della Giustina, Des. convocado – j. 04.02.2010 – *DJE* 16.04.2010).

O grande problema dessa corrente doutrinária é considerar o ônus da prova somente em seu aspecto objetivo, como regra de julgamento, desconsiderando seu aspecto subjetivo, pelo qual o ônus da prova funciona como uma regra de conduta das partes durante a instrução probatória. Entendo que uma inversão do ônus da prova somente no momento do julgamento surpreende a parte que até então

não tinha tal ônus, em nítida afronta ao princípio do contraditório. Inverter o ônus da prova e não conceder oportunidade para que a parte produza a prova representa claro e manifesto cerceamento de defesa.

Esse, entretanto, não é um entendimento pacificado na doutrina. Para Nelson Nery Jr. e Maria Rosa Andrade Nery, a parte que teve o ônus da prova invertido na sentença, "momento adequado para o juiz assim proceder, não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo o *non liquet* quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova. Em suma, o fornecedor (CDC 3.º) já sabe, de antemão, que tem de provar tudo o que estiver a seu alcance e for de seu interesse nas lides de consumo. Não é pego de surpresa com a inversão na sentença"[170].

Data maxima venia, o entendimento é ingênuo e desconectado da realidade, desconsiderando por completo a vida real na praxe forense. Afirmo que o advogado tem como principal função a defesa dos interesses de seu cliente, sendo que a justiça da decisão deve ser preocupação do juiz. Dentro da boa-fé e lealdade processual, a missão constitucionalmente atribuída ao advogado é defender os interesses de seu patrocinado para que ganhe a demanda. Para o advogado – e, por consequência, para as partes –, o justo é a vitória. Como já dizia com primazia Calamandrei, o advogado que muito se preocupa com a justiça pretende tomar o lugar do juiz, deixando desassistido seu cliente, o que é mortal para a dialeticidade necessária no processo.

O que pretendo dizer é que a parte que não tem o ônus da prova naturalmente terá uma atuação probatória menos intensa, porque sabe que, não havendo prova alguma, se sagrará vitoriosa na demanda. O resultado da prova é imprevisível, e não é crível acreditar que um advogado, mesmo sabendo que seu cliente ganhará a demanda sem a prova, tenha interesse em produzi-la ainda assim. É no mínimo ingênuo pensar que as partes devem fazer todas as provas possíveis independentemente de quem tenha o ônus probatório. Insisto: vencer a demanda é o objetivo de qualquer parte, e vencê-la pela aplicação do ônus da prova ou da certeza formada pela prova produzida não tem qualquer diferença. Por que exigir que o advogado da parte que não tem o ônus da prova se arrisque a perder uma demanda ganha, produzindo uma prova que para ele não trará qualquer melhora em termos de resultado do processo?

Não são poucos os doutrinadores que defendem haver uma clara violação ao princípio do contraditório com a inversão do ônus da prova, ocorrendo somente no momento de prolação da decisão[171]. Precisas são as palavras de Humberto Theodoro Jr. a esse respeito:

> "É certo que a boa doutrina entende que as regras sobre ônus da prova se impõem para solucionar questões examináveis no momento de sentenciar. Mas, pela garantia do contraditório e ampla defesa, as partes, desde o início da fase instrutória, têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide. (...) A não ser assim, ter-se-ia uma surpresa intolerável e irremediável, em franca oposição aos princípios da segurança jurídica e lealdade imprescindíveis à cooperação de todos os sujeitos do processo na busca e construção da justa solução do litígio. Somente assegurando a cada litigante o conhecimento prévio de qual será o objeto da prova e a quem incumbirá o ônus de produzi-la é que se preservará a garantia constitucional da ampla defesa"[172].

Partindo-se da premissa que a inversão no momento do julgamento, sem dar chances à parte que até então não tinha tal ônus de produzir a prova, viola o princípio do contraditório, gerando cerceamento de defesa, a doutrina divide-se em duas correntes a respeito do momento adequado à inversão.

Parcela significativa da doutrina entende que a inversão deve ocorrer no saneamento do processo, ou seja, antes do início da instrução probatória. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara afirma que "cabe ao juiz, pois, no momento em que organizar a instrução probatória (o que, no procedimento ordinário, ocorre na audiência preliminar, prevista no art. 331 do CPC, quando o magistrado fixa os pontos controvertidos e determina as provas que serão produzidas), inverte-se, se for o caso, o ônus da prova".[173]

O Superior Tribunal de Justiça tem decisões nesse sentido, lembrando que, além de regra de julgamento, o ônus da prova também é uma regra de conduta:

> "Inversão. Ônus. Prova. CDC. Trata-se de REsp em que a controvérsia consiste em definir qual o momento processual adequado para que o juiz, na responsabilidade por vício do produto (art. 18 do CDC), determine a inversão do ônus da prova prevista no art. 6.º, VIII, do mesmo *codex*. No julgamento do especial, entre outras considerações, observou o Min. Relator que a distribuição do ônus da prova apresenta extrema relevância de ordem prática, norteando, como uma bússola, o comportamento processual das partes. Naturalmente, participará da instrução probatória com maior vigor, intensidade e interesse a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo. Dessarte, consignou que, influindo a distribuição do encargo probatório decisivamente na conduta processual das partes, devem elas possuir a exata ciência do ônus atribuído a cada uma delas para que possam produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias. Ao contrário, permitida a distribuição ou a inversão do ônus probatório na sentença e inexistindo, com isso, a necessária certeza processual, haverá o risco de o julgamento ser proferido sob uma deficiente e desinteressada instrução probatória, na qual ambas as partes tenham atuado com base na confiança de que sobre elas não recairia o encargo da prova de determinado fato. Assim, entendeu que a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, ocasião em que o juiz decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento (art. 331, §§ 2.º e 3.º, do CPC). Desse modo, confere-se maior certeza às partes referente aos seus encargos processuais, evitando a insegurança. Com esse entendimento, a Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, negou provimento ao recurso, mantendo o acórdão que desconstituiu a sentença, a qual determinara, nela própria, a inversão do ônus da prova. Precedentes citados: REsp 720.930/RS – *DJE* 09.11.2009, e REsp 881.651/BA, *DJ* 21.05.2007" (REsp 802.832/MG – Segunda Seção – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 13.04.2011 – *Informativo STJ* 469).[174]

Não concordo plenamente com esse entendimento porque, sendo realmente uma regra de julgamento, não teria sentido invertê-la no saneamento do processo. Por ser uma regra de julgamento, só se aplicando ao final do processo, e isso somente no caso de inexistência ou insuficiência de prova, cabe sua aplicação, de forma invertida ou não, somente no momento do julgamento. Não é porque se deve considerar o aspecto subjetivo do ônus da prova que se pode abdicar de seu aspecto objetivo.

Dessa forma, em respeito ao princípio do contraditório, o juiz deve, já no saneamento do processo, se manifestar sobre eventual inversão da regra geral contida no art. 333 do CPC[175]. Perceba-se que o juiz não estaria nesse momento invertendo o ônus da prova, regra que até mesmo pode nem ser utilizada caso a instrução probatória seja suficiente à formação do convencimento judicial. O que o juiz fará é apenas sinalizar às partes que, no caso de necessidade de aplicação da regra, o fará de forma invertida, e não conforme previsto como regra geral em nosso estatuto processual.

Para que o réu não seja surpreendido com a inversão quando já finalizada a instrução probatória, entendo que, em respeito ao princípio do *contraditório*, a sinalização de possível inversão – se necessário for – deve ser feita expressamente já na decisão saneadora.

Nesse sentido, as lições de Cândido Rangel Dinamarco:

> "Se o juiz pretender inverter o ônus da prova, como em certa medida lhe permite o Código de Defesa do Consumidor em relação às causas que disciplina (art. 6.º, VIII – supra, n. 799), dessa possibilidade advertirá as partes na audiência preliminar. Mas a efetiva inversão só acontecerá no momento de julgar a causa, pois antes ainda não se conhecem os resultados mais conclusivos ou menos conclusivos a que a instrução probatória conduzirá; a própria verossimilhança das alegações do consumidor, eventualmente sentida pelo juiz em algum momento inicial do procedimento, poderá ficar prejudicada em face das provas que vierem a ser produzidas e alegações levantadas pelo adversário"[176].

Mesmo doutrinadores que defendem a inversão somente na sentença, como Kazuo Watanabe, afirmam ser "medida de boa política judiciária, na linha evolutiva do processo civil moderno, que confere ao juiz até mesmo atribuições assistenciais, e na conformidade da sugestão de Cecília Matos, que, no despacho saneador ou em outro momento que precede a fase instrutória da causa, o magistrado deixe advertido às partes que a regra de inversão do ônus da prova poderá, eventualmente, ser aplicada no momento do julgamento final da ação. Com semelhante providência ficará definitivamente afastada a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa"[177].

Dois pontos finais merecem destaque.

Naturalmente se opera a preclusão sobre a decisão que informa as partes a respeito da forma como será aplicada a regra do ônus da prova na hipótese de ser necessária essa técnica de julgamento. A partir do momento em que o juiz sinaliza de quem será o ônus probatório, caso seja necessária a aplicação dessa regra, a conduta probatória das partes estará determinada, e o consumidor não terá interesse em produzir uma prova quando souber que sua ausência não lhe traz qualquer prejuízo. Trata-se do aspecto subjetivo do ônus da prova, já analisado.

Não pode o juiz, no momento de sentenciar, e sendo necessária a aplicação da regra do ônus da prova, descumprir sua sinalização e deixar de proceder à inversão. Nesse caso, surpreenderia o consumidor, que, com a sinalização do juiz de que o ônus não seria seu, passou a uma atuação mais relaxada na instrução probatória. Uma decisão nesses termos seria violadora do contraditório, cerceando insuportavelmente a defesa do consumidor. Além disso, seria uma afronta clara ao princípio de cooperação entre os sujeitos processuais, com uma quebra inadmissível de confiança na atuação judicial.

Justamente por entender existir preclusão *pro iudicato* na decisão que sinaliza a aplicação invertida da regra do ônus da prova, no caso de não haver prova suficiente para formar o convencimento do juiz, defendo o cabimento de agravo de instrumento contra essa decisão. Apesar de não ter ocorrido ainda a inversão do ônus probatório, como o juiz não pode voltar atrás em seu entendimento, é natural que haja interesse recursal do fornecedor em impugnar tal pronunciamento judicial. A sucumbência suportada pelo fornecedor poderá ser até eventual, já que a regra do ônus da prova pode nem vir a ser aplicada, mas, como a decisão não poderá ser alterada, e determinará a conduta das partes durante a instrução probatória, entendo ser cabível o agravo de instrumento.

Por fim, registre-se que a inversão do ônus da prova no momento da sentença, sem que tenha havido indicação prévia às partes nesse sentido, somente violará o princípio do contraditório se não for concedido prazo para a parte que recebe o ônus produzir a prova necessária para vencer a demanda. O problema, na realidade, não é a inversão no momento do julgamento, mas o julgamento sem antes ter se dado aviso às partes a respeito da forma de aplicação da regra do ônus da prova.

Nesse sentido, corretas as lições de Humberto Theodoro Jr., ao afirmar que, "se o juiz convencer-se da necessidade de inverter o ônus da prova depois de já encerrada a instrução da

causa, terá de reabrir a fase probatória, a fim de que o fornecedor tenha oportunidade de produzir a prova que julgar conveniente para liberar-se do novo *onus probandi*"[178].

A observação é importante em razão de procedimentos que não têm um momento saneador, como ocorre no procedimento ordinário[179]. Penso no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais, em que não há propriamente uma fase de saneamento, sendo que a sessão de conciliação (chamada em muitos lugares de audiência) é invariavelmente conduzida por um conciliador, sem poderes para determinar a inversão ou informar as partes a respeito dessa possível inversão.

Concordo com a doutrina que entende que a inversão já no momento inicial da demanda é prematura, porque, além de ser cedo demais para o juiz analisar os requisitos legais para a inversão, antes da citação do réu tratar-se-ia de uma inversão *inaudita altera parte*, sem a garantia do princípio do contraditório. Para Alexandre Freitas Câmara, "não se pode, registre-se, aceitar que a inversão se dê logo no despacho inicial do processo, já que nesse momento ainda não é sequer possível determinar qual será o objeto da prova (afinal, ainda não se sabe que fatos se tornarão controvertidos)"[180].

Dessa forma, entendo que caberá ao juiz, na audiência de instrução e julgamento, determinar a inversão do ônus da prova, inquirindo diretamente o fornecedor se ele tem alguma prova a produzir. Sendo afirmativa a resposta, e não sendo possível produzi-la na própria audiência, cabe ao juiz redesignar a audiência, dando ao fornecedor a oportunidade de se desincumbir do ônus que recebeu. Caso o fornecedor não tenha provas a produzir, o juiz prossegue normalmente com o procedimento, considerando que o contraditório, nesse caso, não será violado com a inversão seguida imediatamente da prolação de sentença.

O art. 380, § 1º, do PLNCPC exige do juiz, sempre que inverter o ônus da prova, que dê oportunidade à parte para se desincumbir do ônus que lhe tenha sido atribuído. Significa dizer que, em respeito ao contraditório, a parte terá amplo direito à produção da prova, de forma que não parece interessante que essa inversão ocorra somente no momento de prolação de sentença, sob pena de ofensa ao princípio da economia processual. Parece ser mais vantajoso que no momento de saneamento do processo o juiz já sinalize a forma de aplicação da regra do ônus da prova, caso essa aplicação realmente se faça necessária no caso concreto.

10.7.5. Inversão da prova e inversão do adiantamento de custas processuais

A inversão do ônus da prova traz outra interessante questão: a inversão do adiantamento do pagamento das despesas necessárias para a produção probatória, em especial a pericial. Nesse ponto, há séria divergência, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Por um lado, existe expressiva parcela doutrinária que entende que a inversão da prova acarreta inexoravelmente a inversão do pagamento das despesas que derivam da produção de tal prova[181]. Defensor desse entendimento, Luiz Antonio Rizzatto Nunes afirma que, "uma vez determinada a inversão, o ônus econômico da produção da prova tem de ser da parte sobre a qual recai o ônus processual. Caso contrário, estar-se-ia dando com uma mão e tirando com a outra. Se a norma prevê que o ônus da prova pode ser invertido, então automaticamente vai junto para a outra parte a obrigação de proporcionar os meios para sua produção, sob pena de – obviamente – arcar com o

ônus de sua não produção"[182].

Outra parcela doutrinária afirma que a antecipação de pagamento de despesas relacionadas com a produção de prova encontra-se regida pelo art. 33 do CPC, não sofrendo qualquer influência decorrente de eventual inversão do ônus da prova[183], sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "Processual civil. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Honorários do perito. Responsabilidade. Hipossuficiência. 1. A simples inversão do ônus da prova, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, não gera a obrigação de custear as despesas com a perícia, embora sofra a parte ré as consequências decorrentes de sua não produção. (REsp 639.534/MT – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – *DJU* 13.02.2006). Precedentes. 2. Recurso especial provido" (STJ – REsp 1063639/MS – Segunda Turma – Rel. Min. Castro Meira – j. 01.10.2009 – *DJE* 04.11.2009)[184].

A razão está com a segunda corrente, considerando-se principalmente a natureza do ônus da prova e o que a sua inversão significa. Sendo o ônus da prova uma regra de julgamento, estando ligado à necessidade de o juiz decidir, diante da ausência das provas para convencê-lo das alegações de fato narradas no processo, não guarda o instituto qualquer relação com a antecipação de despesas.

É natural, entretanto, que, no caso de inversão do ônus da prova, a parte que não requereu a produção da prova passe a ter interesse em sua produção, considerando que, se aquele que requereu sua produção não adiantar as despesas, a prova não será produzida, com consequências danosas à parte contrária. Nesse caso, ainda que a prova tenha sido requerida pelo consumidor, o fornecedor, em razão da inversão do ônus da prova, terá interesse em realizá-la, devendo assim assumir o adiantamento dos valores nesse sentido.

Nesse sentido as corretas considerações de Sergio Cavalieri:

> "Em termos práticos: a partir do momento em que se der a inversão do ônus da prova, caberá à outra parte (o fornecedor) produzir prova capaz de elidir a presunção de veracidade que milita em favor do consumidor em face da plausibilidade da sua pretensão. Não se trata de impor ao fornecedor o custeio da prova (honorários periciais), mas de transferir-lhe o *onus probandi* em sentido contrário. Se não quiser arcar com esse ônus, bastará deixar de realizar a prova. Nesse caso, entretanto, terá contra si a presunção de veracidade que milita em favor do consumidor. A prova passou a ser do interesse do fornecedor, pois é a oportunidade que tem de provar que os fatos alegados pelo consumidor não são verdadeiros. A questão pertinente à despesa processual é meramente acessória, seguindo a regra de que deve ser custeada pela parte a quem aproveitará"[185].

É um tanto quanto simples: a ausência de adiantamento das custas da prova gera sua preclusão, e a sua ausência prejudica a parte que tem o ônus probatório. Como defendo que o juiz deve alertar as partes, no saneamento, a respeito da aplicação invertida da regra do ônus da prova, na hipótese de prova inexistente ou insuficiente, o único interessado na produção da prova será o fornecedor. Não parece ser lógico que o consumidor adiante uma despesa que só interessa ao fornecedor, por ser sua única forma de evitar uma derrota na decisão judicial.

Acompanho com tristeza, no dia a dia forense, a determinação de juízes, com esteio no entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça, determinando a inversão do ônus da prova e ao mesmo tempo determinando ao consumidor que adiante os honorários periciais. O mais surpreendente, entretanto, não é a postura dos juízes, mas dos advogados dos consumidores, que candidamente se submetem à determinação judicial e, muitas vezes com extremo sacrifício, realizam o depósito judicial.

Teriam, em algum momento, parado esses patronos para pensar quais seriam as consequências do

não atendimento da decisão, deixando passar o prazo para o depósito sem praticar qualquer ato? Certamente, quando pensam mais detidamente a respeito do assunto, percebem que o interesse de produzir a prova não é mais do consumidor, ainda que tenha ele pedido sua produção. Se o ônus da prova passa a ser do fornecedor, a preclusão da prova pericial em razão do não adiantamento dos honorários periciais terá somente um prejudicado: o fornecedor.

Ada Pellegrini Grinover parece ter notado tal circunstância, ao afirmar que "na práxis forense, o juiz costuma determinar a inversão do ônus da prova antes de sua produção. Nesse caso, não há como negar uma indiscutível relação entre inversão do ônus da prova e inversão do ônus do adiantamento de despesas. Isto porque, invertido o ônus da prova, pode acontecer que a prova, que era de interesse do autor, passe a ser do interesse do demandado; e, sendo assim, o demandado, a quem interessa provar, adiantará espontaneamente as despesas. Desse modo, a inversão do ônus da prova poderá repercutir na assunção da responsabilidade pelo seu custeio"[186].

1 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. n. 173, p. 315.

2 TJMG – APCV 5434155-52.2009.8.13.0024 – Belo Horizonte – Décima Câmara Cível – Rel. Des. Cabral da Silva – j. 18.01.2011 – *DJEMG* 04.02.2011.

3 STJ – REsp 1.101.057/MT – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 07.04.2011 – *Informativo* 468.

4 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

5 Na doutrina nacional, confira-se a exposição do tema de forma consideravelmente aprofundada em MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 21-139.

6 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito procesual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 241-243.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 189-190.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 128.

9 STJ – MS 11.308/DF – Primeira Seção – Rel. Min. Luiz Fux – j. 09.04.2008 – *DJE* 19.05.2008.

10 Houve declaração incidental do STF no julgamento da homologação de sentença estrangeira SE 5.206-7, em 12.12.2001.

11 THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 45; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 178; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 148-153; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito procesual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 12-13.

12 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 69; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 151-158.

13 STJ – MS 11.308/DF – Primeira Seção – Rel. Min. Luiz Fux – j. 09.04.2008 – *DJE* 19.05.2008.

14 Cfr. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 25.

15 Cfr. FIGUEIRA JR., Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, jan.-mar. 2001, p. 111.

16 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 585.

17 STJ – REsp 819.519/PE – Terceira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 09.10.2007 – *DJ* 05.11.2007, p. 264.

18 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004. p. 634-635; ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. A cláusula compromissória prevista na Lei 9.307, de 23.09.1996 e as relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 21, jan.-mar 1997, p. 36-37; FILOMENO, José Geraldo Brito. Conflitos de consumo e juízo arbitral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 21, jan.-mar 1997, p. 47-49.

19 REsp 1.169.841/RJ – Recurso Especial 2009/0239399-0 – Rel. Min. Nancy Andrighi (1118) – Terceira Turma – j. 06.11.2012 – *DJe* 14.11.2012 – *RDDP* vol. 119, p. 171 – *RIOBDCPC* vol. 80, p. 154.

20 NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 591.

21 Cfr. FIGUEIRA JR., Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, jan.-mar. 2001, p. 118.

22 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 30-31.

23 PAULA, Adriano Perácio de. Da arbitragem nas relações de consumo. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 32, out.-dez 1999, p. 69.

24 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. notas 7, 9 e 10 do art. 461, p. 672.

25 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 423.

26 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. 3.2-3.4, p. 40-50.

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. 3.21, p. 152-155.

28 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 153.

29 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2008. p. 427.

30 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. vol. 3, n. 945, p. 284. No mesmo sentido MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 413-414.

31 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 427.

32 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 413-

414; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, n. 945, p. 280.

33 BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil anotado*. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.471.

34 STJ – REsp 885.988/ES – Quarta Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 09.03.2010 – *DJE* 22.03.2010.

35 STJ – REsp 992.028/RJ – Quinta Turma – Rel. Min. Napoleão Maia Filho – j. 14.12.2010 – *DJE* 14.02.2011.

36 MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.471.

37 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004*. p. 423.

38 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaios de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003*. p. 195-196; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 3, n. 6.13, p. 73; THEODORO JR., Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001*. p. 5-6.

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 623; GUERRA, Marcelo Lima. *As liminares na reforma do CPC*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Liminares*. São Paulo: RT, 1995. p. 190; SILVA, Ovídio Baptista da. *A "antecipação"* da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA (org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 130.

40 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 623.

41 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 526. Pelo cabimento de tutela antecipada na ação de reintegração de posse: STJ, REsp 555.027/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, j. 27.04.2004, *DJ* 07.06.2004, p. 223.

42 No sentido do texto, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001*. n. 20, p. 335; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005*. p. 152-153. Contra: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da antecipação* de tutela. *Reforma do Código de Processo Civil*.2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 191-197.

43 CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 59; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Algumas considerações sobre a licitação procedimentais à busca da verdade no processo civil brasileiro*. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 30, p. 22-25.

44 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001*. n. 20, p. 334; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. n. 106, p. 145; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 572-573; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 77; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 441.

45 STJ – AgRg na Pet 7.933/DF – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti Moura – j. 08.02.2011 – *DJE* 21.02.2011; STJ – REsp 1.098.028/SP – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 09.02.2010 – *DJE* 02.03.2010.

46 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 434.

47 *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. n. 1.8.3, p. 35.

48 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 54.

49 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. n. 3. 27.1.4, p. 216; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 2, p. 239.

50 Enunciado 25 do Fonaje: "A multa cominatória não fica limitada ao valor de 40 salários mínimos, embora razoavelmente fixada pelo juiz, obedecendo ao valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor".

51 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. n. 3.27.1.5, p. 218-221.

52 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodvm, 2009. v. 5, p. 446-447.

53 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. n. 11.7, v. 2, p. 75.

54 STJ – AgRg no Ag 1.040.411/RS – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 02.10.2008 – *DJe* 19.12.2008; REsp 1.063.902/SC – Primeira Turma – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 19.08.2008 – *DJe* 1.º.09.2008.

55 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, n. 1.630, p. 468.

56 Em sentido próximo: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n. 208, p. 564.

57 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodvm, 2009. v. 5, p. 449.

58 STJ – REsp 679.048/RJ – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 03.11.2005 – *DJ* 28.11.2005, p. 204; REsp 666.008/RJ – Primeira Turma – rel. José Delgado – j. 17.02.2005 – *DJ* 28.03.2005; Araken de Assis, *Manual*, n. 208, p. 564.

59 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, n. 1.636, p. 473; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 672;

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Redução do valor da astreinte e efetividade do processo. Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim.* In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo Reis; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM, Thereza Celina Diniz de (Coords.). São Paulo: RT, 2007. p. 1.564. Contra, pela mudança sem necessidade de um fato novo: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 194.

60 STJ – AgRg no AG 836.875/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 04.11.2008 – *DJe* 26.11.2008.

61 STJ – REsp 681.294/PR – Terceira Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Rel. p/acórdão Min. Nancy Andrighi – j. 18.12.2008 – *DJe* 18.02.2009; THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 472, p. 553; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. n. 10.7, p. 504.

62 Pela aplicação do art. 461, § 6.º, do CPC: THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 163, p. 220; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 2, p. 243.

63 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. n. 9.6.2, p. 249.

64 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Redução do valor da astreinte e efetividade do processo. Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim.* In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo Reis; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM, Thereza Celina Diniz de (Coords.). São Paulo: RT, 2007. p. 1.565-1.566.

65 STJ – REsp 947.466/PR – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 17.09.2009 – *Informativo* 407.
STJ – REsp 793.491/RN – Quarta Turma – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – j. 26.09.2006 – *DJ* 06.11.2006, p. 337.

66 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodvm, 2009. v. 5*, p. 460.

67 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Redução do valor da astreinte e efetividade do processo. Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim.* In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo Reis; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM, Thereza Celina Diniz de (Coords.). São Paulo: RT, 2007. p. 1.565-1.566.

68 STJ – REsp 1.135.824/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 21.09.2010 – *Informativo* 448; STJ – AgRg no REsp 1.026.191/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 03.11.2009 – *Informativo* 414; STJ – REsp 1.022.033/RJ – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 22.09.2009 – *Informativo* 408.

69 *Informativo* 485/STJ: 3ª Turma – REsp 1.019.455/MT – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 18.10.2011; *Informativo* 407/STJ: 4ª Turma – REsp 947.466-PR – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 17.09.2009. STJ – 4.ª Turma – REsp 793.491/RN – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – j. 26.09.2006 – *DJ* 06.11.2006, p. 337. Contra, no sentido do texto: *Informativo* 495/STJ: 3ª Turma – REsp 1.229.335-SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 17.04.2012; *Informativo* 490/STJ: 3ª Turma – REsp 1.192.197-SC – Rel. originário Min. Massami Uyeda – Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi – j. 07.02.2012; *Informativo* 448/STJ: 3ª Turma – REsp 1.135.824-MG – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 21.09.2010.

70 BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil anotado*. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.413.

71 THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 474, p. 558.

72 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. n. 9.7, p. 254-255.

73 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. n. 3.27.1.6, p. 222.

74 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, n. 1.637, p. 474.

75 STJ – REsp 1.098.028/SP – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 09.02.2010 – *Informativo* 422; STJ – AgRg no REsp 1.116.800/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 08.09.2009 – *DJE* 25.09.2009.

76 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. n. 3.27.1.6, p. 222; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 230; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. n. 9.7.1, p. 255.

77 Cfr. PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal comum.* São Paulo: Saraiva, 2001. n. 5.7., p. 90.

78 CC 1.616/MG – Segunda Seção – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 24.04.1991 – *DJE* 20.05.1991, p. 6.504.

79 STJ 66: "Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por Conselho de fiscalização profissional"; STJ – CC 40.275/BA – Primeira Seção – Rel. Min. Castro Meira – *DJ* 15.03.2004, p. 145; CC 36.801/GO – Primeira Seção – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – *DJ* 07.06.2004, p. 152; CC 25.355/MG – Segunda Seção – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – *DJ* 19.03.2001, p. 72.

80 REsp 572.906/RS – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 08.06.2004.

81 Cf. Revendo a competência da Justiça Federal em matéria de relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo,

RT, n. 40, out.-dez. 2001, p. 53.

82 STJ – REsp 440.002/SE – Primeira Turma – Rel. Teori Albino Zavascki – *DJ* 06.12.2004, p. 195; STJ – CC 39111/RJ – Primeira Seção – Rel. Min. Luiz Fux – *DJ* 28.02.2005.

83 Essa a previsão de foro territorial geral na Itália (art. 18, CPC); Espanha (art. 50.1, LEC); Portugal (art. 85 n. 1 e 86 n. 2); Alemanha (§§ 12.º e 13.º, ZPO).

84 Cfr. WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 169.

85 MARCATO, Antônio Carlos. Prorrogação de competência, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, n. 65, 1992, p. 12. Ainda DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 593 e PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 325.

86 Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I, p. 161. No mesmo sentido, PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003.

87 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005. p. 24-26.

88 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? *Temas de direito processual civil*. 5.ª Série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 68-69.

89 Conforme bem ponderado por THEODORO JR., Humberto. *O contrato e seus princípios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 27, é correto afirmar "que o Direito moderno não repele o contrato de adesão. Ao contrário, convive amplamente com ele e reconhece-lhe a eficácia própria dos negócios bilaterais, visto que o contrato de adesão, por si só, não se reveste de ilicitude nem incorre em qualquer tipo de censura. O que se recrimina é o abuso cometido eventualmente dentro do contrato de adesão pela parte que dispõe da força de determinar o conteúdo de suas cláusulas. Se, porém, não se entrevê nenhum desvio ético na estipulação de tais condições, o contrato de adesão é tão jurídico e tão obrigatório para os contratantes como qualquer outro contrato."

90 STJ – CC 21.433/RN – Quarta Turma. Ainda: STJ – CC 22.000/PE – Segunda Turma – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – *DJ* 08.02.1999, p. 246. Na doutrina, NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado*, 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 511, com rica indicação bibliográfica e ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6.

91 STJ – CC 106.990/SC – Segunda Seção – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 11.11.2009 – *DJE* 23.11.2009.

92 Com relação à aplicação do CDC, RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 571-572.

93 O reconhecimento *ex officio* do caráter abusivo da cláusula de eleição de foro. *Leituras complementares para concursos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2004. p. 47. No mesmo sentido NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 513.

94 A curiosidade já havia sido percebida por CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Inovações no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 101, e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão das provas. *Revista Dialética de direito processual*, n. 31, out. 2005, p. 30. A estranheza com a novidade levou alguns doutrinadores, inclusive, a rumarem contra a literalidade do texto legal, afirmando que por se tratar de matéria de ordem pública o juiz poderia conhecer a matéria de ofício. Nesse sentido, CARVALHO, Fabiano. Os agravos e a reforma do Código de Processo Civil. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 285. Para Flávio Cheim Jorge (*A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 171), por se tratar de matéria de ordem pública, se o juiz de primeiro grau informar o descumprimento o Tribunal não deve conhecer o agravo, ainda que não haja manifestação do agravado.

95 MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000. v. 2, p. 322: "Diz-se que um prazo é próprio, quando destinado à prática de atos processuais da parte, e que, quando inobservado, produz consequências e efeitos de caráter processual. Impróprio é o prazo imposto ao juiz e seus auxiliares (o escrivão e o oficial de justiça), e que, se descumprido, trará consequências não processuais, e sim de ordem disciplinar"; DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 2, p. 389: "Prazos impróprios, assim denominados porque o não atendimento a eles não traz, em princípio, consequência de ordem processual, os previstos pelo art. 189, quando não respeitados pelo juiz, dão ensejo a providências de caráter administrativo"; e ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, p. 454.

96 SAMPAIO, José Soares. *Os prazos no Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 28: "Por fim, vale acentuar que os atos processuais praticados pelo juiz, com excesso injustificado de prazo, mantêm validade."

97 *Cfr*. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 550. E assim conclui seu pensamento: "Se ele não profere o despacho dentro de dois dias da conclusão dos autos, ou a decisão interlocutória em dez (art. 189, incs. I-II), ou se não entrega a sentença nos dez dias subsequentes à audiência (art. 456) etc., nem por isso ficará dispensado do dever de fazê-lo. Tal é a não preclusividade dos prazos fixados para o juiz, ou o seu caráter de prazo impróprio."

98 FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 273-274.

99 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2, n. 588, p. 372.

100 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2006*. p. 193; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 282; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito procesual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 500.

101 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004. p. 180-181.

102 Cf. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 123.

103 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. n. 176, p. 321.

104 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo. 24. ed. São Paulo: Malheiros*, 2008. n. 30, p. 79.

105 GRECO, Leonardo. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I, p. 534.

106 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. n. 87, p. 149-150; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito procesual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 510; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004. p. 180.

107 ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, n. 73, p. 173.

108 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1, p. 400.

109 STJ – REsp 925.130-SP – 2.ª Seção – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 08.02.2012 –*Informativo 490*.

110 STJ – REsp 605.120/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 27.04.2010 – *DJE* 15.06.2010.

111 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 70; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, n. 22.5, p. 151-156. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, n. 196, p. 98-99. *Informativo* 346/STJ, 4.ª T., REsp 934.394-PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.02.2008.

112 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002*. p. 179; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 144; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004. p. 184-187; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 299-300.

113 DINAMARCO, Cândido Rangel. Intervenção de terceiros. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 177-178; ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, n. 71, p. 166-170; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito procesual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 503.

114 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1. p. 401. Parece ter o mesmo entendimento: THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 1, n. 124-a, p. 140.

115 STJ – REsp 1.024.791/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 05.02.2009 – *DJE* 09.03.2009.

116 FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 304.

117 ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, p. 708.

118 THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 1, n. 124-a, p. 140.

119 A favor: THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 144; Contra: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2008. v. 2, p. 193.

120 STJ – REsp 699.680/DF – Quarta Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 29.06.2006 – *DJ* 27.11.2006; STJ – REsp 275.453/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 22.02.2005 – *DJ* 11.04.2005. Na doutrina: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito procesual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 511.

121 No mesmo sentido: STJ – REsp 1.245.618-RS – 3.ª Turma – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 22.11.2011; STJ – REsp 401.718 – Quarta Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 03.09.2002 – *DJ* 24.03.2003.

122 Cfr. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 170.

123 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 391.

124 MAZZEI, Rodrigo Reis. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RAMOS, Glauco Gumerato; SHIMURA, Sergio (Coords.). *Atualidades do processo civil de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006.

125 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 394.

126 Nesse sentido, as lições de MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004. p. 188-189; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 131; FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 139.

127 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 130; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 960; PAULA, Adriano Perácio de. *Direito processual do consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 75.

128 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 131.

129 WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 760; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 109.

130 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT, 2004. p. 240; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 176-177.

131 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 169.

132 Cf. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 176, em complemento: "Ora, e como fica o consumidor, que teve o filho intoxicado, com graves problemas de saúde, e sofreu enorme prejuízo financeiro?".

133 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 395.

134 SILVA, Ovídio Baptista da. Responsabilidade pela sucumbência no Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 40, p. 56, afirma que "segundo este sistema, o litigante somente suportará o pagamento das despesas processuais feitas pelos adversários quando houver dado causa à demanda, em virtude de alguma forma de comportamento injustificado, antes da propositura da ação, ou no curso do processo". E conclui: "sendo a jurisdição um serviço público como qualquer outro, aqueles que o procuram deverão arcar com as despesas correspondentes, a não ser nos casos em que o sucumbente tenha agido com dolo ou culpa, ou tenha-se comportado temerariamente no curso da causa, de modo que se deva reconhecer em sua conduta algum tipo de abuso do direito de demandar".

135 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

136 GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria geral das provas*. Salvador: JusPodivm, 2005. p. 53-55.

137 Cfr. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2, p. 130.

138 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Princípio da comunhão das provas. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 31; ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, n. 175, p. 389.

139 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 2, p. 380-381.

140 STJ – REsp 1.060.753/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 1.º.12.2009 – *Informativo* 418.

141 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 610.

142 GRECO, Leonardo. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2, p. 132. No mesmo sentido GODINHO, Robson Renault. Prova e acesso à justiça: apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008. p. 254-255.

143 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito procesual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 247.

144 ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, n. 187, p. 404. STJ – REsp 422.778/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – Rel. p/acórdão Min. Nancy Andrighi – j. 19.06.2007 – *DJ* 27.08.2007.

145 Nelson Nery Jr., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 585. Parece ter o mesmo entendimento RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 583.

146 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3, n. 798, p. 78.

147 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodvm, 2009. v. 5, n. 13.4, p. 83.

148 DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 204.

149 STJ – REsp 1.178.105/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – Rel. p/acórdão Min. Nancy Andrighi – j. 07.04.2011 – *DJE* 25.04.2011. STJ – REsp 347632/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 24.06.2003 – *DJE* 01.09.2003.

150 Cfr. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 279. No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis* – legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.084.

151 VASCONCELLOS, Antonio Herman de. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 371. No mesmo sentido ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, p. 973; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 475.

152 VASCONCELLOS, Antonio Herman de. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 371.

153 Cfr. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 8.

154 STJ – REsp 951.785/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 15.02.2011 – *Informativo* 463.

155 STJ – REsp 720.930/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 20.10.2009 – *Informativo* 412.

156 STJ – AgRg no REsp 728.303/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 21.10.2010 – *DJE* 28.10.2010.

157 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 13.2, p. 123; FREIRE E SILVA, Bruno. Inversão judicial do ônus da prova no CDC. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coords.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000. n. 5.4.2, p. 157; GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria geral das provas*. Salvador: JusPodivm, 2005. p. 52.

158 Cfr. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. n. 180, p. 326.

159 GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do direito do consumidor*, São Paulo, RT, n. 13, jan.-mar. 1995, p. 34; CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis* – legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.088.

160 CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis* – legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.088.

161 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. n. 180, p. 326.

162 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. n. 14.1.3, p. 407-408.

163 THEODORO JR., Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 135.

164 Cfr. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. p. 8-9.

165 Cfr. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. p. 10.

166 Cfr. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. v. III, n. 799, p. 79. No mesmo sentido THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. I, n. 422-c, p. 424.

167 STJ – REsp 720.930/RS – Quarta Turma.

168 STJ – REsp 720.930/RS – Quarta Turma. No mesmo sentido BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Doutrina*, v. 1, Rio de Janeiro: ID, 1996, p. 309 e THEODORO JR., Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 143.

169 Cf. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Aspectos atuais do direito probatório*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). São Paulo: Método, 2009. p. 350-351; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. p. 11; Bedaque, *Direito*; Nery e Nery, *Código, pp. 608-609*; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 328. STJ – REsp 422.778/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Castro Filho – Rel. p/acórdão Min. Nancy Andrighi – j. 19.06.2007 – *DJ* 27.08.2007.

170 Cfr. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 608-609. No mesmo sentido ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Aspectos atuais do direito probatório*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). São Paulo: Método, 2009. p. 351 e PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000. p. 160.

171 ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, p. 974; CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis* – legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.093; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 126; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 247-248.

172 Cfr. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 141.

173 Cfr. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis* – legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.093.

174 STJ – REsp 662.608/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – j. 12.12.2006 – *DJ* 05.02.2007; STJ – REsp 598.620/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 07.12.2004 – *DJ* 18.04.2005.

175 CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006. p. 418.

176 Cfr. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3, n. 801, p. 83.

177 Cfr. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. p. 12. No mesmo sentido CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 329.

178 Cfr. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 142.

179 Preocupação levantada por CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 328.

180 Cfr. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis* – legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.093-1.094.

181 CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006*. p. 427.

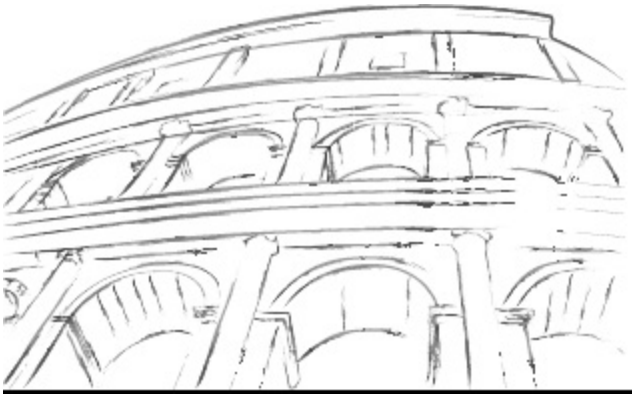
182 Cfr. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 126-127.

183 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 432-433.

184 STJ – REsp 845.601/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa – j. 06.03.2007 – *DJ* 02.04.2007; STJ – REsp 435.155/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 11.02.2003 – *DJ* 10.03.2003.

185 Cfr. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 332.

186 Cfr. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 15.



11

TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

Sumário: 11.1. Introdução: 11.1.1. Tutela jurisdicional coletiva; 11.1.2. Origem da tutela jurisdicional coletiva; 11.1.3. Microssistema coletivo; 11.1.4. Marcos legislativos – 11.2. Espécies de direitos protegidos pela tutela coletiva: 11.2.1. Introdução; 11.2.2. Direitos ou interesses?; 11.2.3. Direito difuso; 11.2.4. Direito coletivo; 11.2.5. Direitos individuais homogêneos; 11.2.6. Identidades e diferenças entre os direitos coletivos *lato sensu* – 11.3. Competência na tutela coletiva: 11.3.1. Competência absoluta: funcional ou territorial?; 11.3.2. Competência absoluta do foro; 11.3.3. Dano local, regional e nacional – 11.4. Legitimidade: 11.4.1. Espécies de legitimidade; 11.4.2. Cidadão; 11.4.3. Ministério Público; 11.4.4. Pessoas jurídicas da administração pública; 11.4.5. Associação; 11.4.6. Defensoria Pública – 11.5. Relação entre a ação coletiva e a individual: 11.5.1. Introdução; 11.5.2. Litispendência; 11.5.3. Conexão e continência; 11.5.4. Suspensão do processo individual; 11.5.5. Extinção do mandado de segurança individual – 11.6. Coisa julgada: 11.6.1. Introdução; 11.6.2. Coisa julgada *secundum eventum probationis;* 11.6.3. Coisa julgada *secundum eventum litis;* 11.6.4. Limitação territorial da coisa julgada – 11.7. Gratuidade: 11.7.1. Introdução; 11.7.2. Isenção de adiantamento; 11.7.3. Condenação em verbas de sucumbência – 11.8. Liquidação de sentença: 11.8.1. Conceito de liquidez e obrigações liquidáveis; 11.8.2. Natureza jurídica da liquidação; 11.8.3. Legitimidade ativa; 11.8.4. Competência; 11.8.5. Espécies de liquidação de sentença; 11.8.6. Direito difuso e coletivo; 11.8.7. Direito individual homogêneo; 11.8.8. Liquidação individual das sentenças de direito difuso e coletivo – 11.9. Execução: 11.9.1. Introdução; 11.9.2. Legitimidade ativa; 11.9.3. Direitos difusos e coletivos; 11.9.4. Direitos individuais homogêneos; 11.9.5. Regime jurídico das despesas e custas processuais.

11.1. INTRODUÇÃO

11.1.1. Tutela jurisdicional coletiva

É tradicional a utilização do termo "tutela coletiva" no dia a dia forense e acadêmico, mas nem sempre tal uso considera com a devida precisão seu significado. Na maioria das vezes, inclusive, o termo é utilizado para designar uma espécie de tutela jurisdicional cujo objeto é um direito coletivo *lato sensu*, e nesse caso seria até mais adequado o nome "tutela jurisdicional coletiva".

Para a exata compreensão do tema, portanto, é imprescindível que se determine primeiramente o significado de "tutela jurisdicional". Por tutela jurisdicional entende-se a proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão da lesão ou ameaça de lesão a um direito material. Como se pode notar desse singelo conceito, a tutela jurisdicional é voltada para a tutela do direito material; daí ser correta a expressão "tutela jurisdicional de direitos materiais",

empregada por parcela da doutrina.

Como existem crises de diferentes naturezas, é natural que o sistema crie e disponibilize às partes diferentes formas de tutelas jurisdicionais, com procedimentos distintos e objetivos próprios. De qualquer forma, apesar dessa diversidade, havendo uma ameaça ou uma violação a direito, o Estado é provocado – o instrumento de provocação é o processo – e, quando há uma solução da crise jurídica, tem-se a concessão de uma tutela jurisdicional do direito material.

A tutela jurisdicional pode ser dividida de diferentes formas, bastando para tanto que se adotem diferentes critérios. Assim, tem-se a distinção entre jurisdição voluntária e contenciosa, penal e civil, preventiva e ressarcitória, comum e específica etc. Essas classificações, que têm importância meramente acadêmica, considerando-se a unidade da jurisdição, sempre dependerão do critério escolhido pela doutrina, não sendo diferente com a classificação distintiva existente entre tutela jurisdicional individual e coletiva, que adota como critério a espécie de direito material tutelado.

A tutela jurisdicional individual é a tutela voltada à proteção dos direitos materiais individuais, sendo fundamentalmente regulamentada pelo Código de Processo Civil, além, é claro, de diversas leis extravagantes, tais como a Lei de Locações, Lei dos Juizados Especiais, Lei de Execução Fiscal etc. A tutela jurisdicional coletiva, entretanto, não se resume à tutela de direitos coletivos, ainda que seja aceita a expressão "direitos coletivos *lato sensu*" para designar as espécies de direito material protegidos por esse tipo de tutela.

Dessa forma, a tutela coletiva deve ser compreendida como uma espécie de tutela jurisdicional voltada à tutela de determinadas espécies de direitos materiais. A determinação de quais sejam esses direitos é tarefa do legislador, não havendo uma necessária relação entre a natureza do direito tutelado e a tutela coletiva. Significa que mesmo direitos de natureza individual podem ser protegidos pela tutela coletiva, bastando para isso que o legislador expressamente determine a aplicação desse tipo de sistema processual – microssistema coletivo – a tais direitos. Essa parece ser a opção do sistema pátrio, ainda que parcela da doutrina teça críticas a tal ampliação do âmbito de aplicação da tutela coletiva[1].

Conforme mais detalhadamente examinado no item 11.2, é exatamente o que ocorre com o direito individual homogêneo, que, apesar da natureza individual, é objeto de tutela coletiva por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor. O mesmo ocorre com os direitos individuais indisponíveis do idoso, criança e adolescente, desde que a ação coletiva seja promovida pelo Ministério Público, nos termos dos arts. 201, V, da Lei 8.069/1990 (ECA) e art. 74, I, da Lei 10.741/2001 (Estatuto do Idoso).

As variadas espécies de direito material protegidas pela tutela coletiva, tanto de natureza transindividual (difuso e coletivo), como de natureza individual (individual homogêneo e indisponíveis em situações excepcionais), não desvirtuam a tutela jurisdicional coletiva, porque, apesar de limitada a determinados direitos, ela é una, sendo aplicada a todos eles de maneira basicamente indistinta. É natural que existam algumas particularidades, que devem ser sempre consideradas no caso concreto[2], mas nunca aptas a desvirtuar o núcleo duro dessa espécie de tutela jurisdicional. Significa que, apesar de alguma influência em decorrência da espécie de direito tutelado, as principais regras que compõem o microssistema coletivo serão aplicadas a todas as ações coletivas, independentemente da espécie de direito material tutelado.

A tutela jurisdicional coletiva, portanto, nada mais é que um conjunto de normas processuais diferenciadas (espécie de tutela jurisdicional diferenciada[3]), distintas daquelas aplicáveis no âmbito da tutela jurisdicional individual. Institutos processuais tais como a competência, a conexão e continência, legitimidade, coisa julgada, liquidação da sentença etc., têm na tutela coletiva um trato diferenciado, variando o grau de distinção do tratamento recebido pelos mesmos institutos no Código de Processo Civil.

Por meio da tutela diferenciada volta-se o processualista às exigências do direito material apresentadas no caso concreto. Nota-se que, apesar de serem ciências autônomas, o direito processual e o direito material estão ligados de maneira indissociável, servindo o processo como instrumento estatal de efetiva proteção ao direito material. Como as várias crises de direito material têm diversas particularidades, é necessário percebê-las, adequando-se o procedimento no caso concreto para que a tutela jurisdicional seja efetivamente prestada com a qualidade que dela se espera. Tutela jurisdicional diferenciada, assim, representa a adoção de procedimentos e técnicas procedimentais distintas à luz das exigências concretas para bem tutelar o direito material[4].

Estudar a tutela jurisdicional coletiva é, portanto, estudar as formas e institutos processuais presentes no processo coletivo. O direito material difuso e coletivo, num maior grau e, mesmo com menor intensidade, o direito individual homogêneo, têm uma riqueza incontestável, em especial no âmbito do direito consumerista. O direito material coletivo *lato sensu* consumerista já foi devidamente enfrentado na primeira parte do livro, sendo o presente capítulo voltado exclusivamente para os aspectos processuais de tais direitos.

11.1.2. Origem da tutela jurisdicional coletiva

Ainda que se mantenha a conclusão de que os direitos protegidos pela tutela coletiva sejam aqueles que o legislador determinar, esperando-se, naturalmente, que se faça criterioso juízo de oportunidade e conveniência ao se incluir nessa tutela um direito de natureza individual, sob pena de desvirtuamento da tutela coletiva, é preciso reconhecer que, no momento de sua criação, era voltada exclusivamente aos direitos transindividuais. Somente em um momento posterior passa a também tutelar os direitos individuais violados ou ameaçados por atos de grande escala (direito individual homogêneo), tendo, no tocante ao tema, papel originário o Código de Defesa do Consumidor.

Independentemente da natureza do bem da vida tutelado, e por consequência do ramo do Direito, será admissível falar em tutela coletiva. De qualquer forma, entendo que continua intocável a ideia de que essa espécie de tutela coletiva estará destinada aos direitos materiais que o legislador pretender tutelar dessa forma diferenciada. Insisto, entretanto, que a origem da tutela coletiva está associada aos direitos de natureza transindividual, sendo a ampliação do objeto da tutela uma opção do legislador, certamente satisfeito com os resultados práticos gerados pelo novo sistema criado.

Esse desenvolvimento da tutela coletiva é compreensível. Os direitos transindividuais não podem ser efetivamente protegidos pela tutela individual, a qual, no Brasil, está essencialmente prevista pelo Código de Processo Civil. Sem as devidas adaptações de alguns institutos processuais, notadamente da legitimidade ativa e da coisa julgada[5], a efetiva tutela dessa espécie de direito seria inviável. Daí a necessidade imprescindível de formação de um novo sistema, da criação e disponibilização às partes de uma nova espécie de tutela, chamada de tutela coletiva.

Não foi a inviabilidade de proteção por meio da tutela individual que levou os direitos individuais homogêneos para o âmbito da tutela coletiva, mas uma opção de política legislativa fundada em variadas razões. No tocante à tutela do consumidor, certamente a massificação da relação consumidor-fornecedor foi determinante. O direito individual homogêneo, por exemplo, é tradicionalmente admitido como protegido pela tutela coletiva, diante dos multifacetários obstáculos existentes para sua efetiva proteção no âmbito da tutela individual. Ainda assim, é inegável que tal espécie de direito pode ser tutelado pela tutela individual, o que, inclusive, ocorre até hoje, com a existência de diversas ações individuais que poderiam ser substituídas por uma ação coletiva fundada em direito individual homogêneo.

O que se pretende deixar claro é que a tutela coletiva é absolutamente imprescindível para a tutela de direitos difusos e coletivos, que, sem ela, jamais poderão ser devidamente atendidos com a aplicação da tutela individual. Nos direitos individuais homogêneos, a tutela individual é abstratamente apta a tutelar o direito, ainda que na prática, em razão dos inúmeros obstáculos existentes, seja altamente recomendável a aplicação da tutela coletiva.

Fazendo uma analogia, se valer da tutela individual para a proteção de um interesse coletivo é o mesmo que exigir da parte que esvazie uma piscina com um garfo. A tarefa, naturalmente, será impossível de ser cumprida. No direito individual homogêneo, disponibiliza-se uma colher para a parte esvaziar a mesma piscina. Será difícil, trabalhoso, cansativo e demorado, mas a tarefa pode ser cumprida. Aplicar a tutela coletiva nesses direitos é permitir que a parte abra o ralo da piscina, o que fará com que água escoe de maneira mais rápida e eficaz, obtendo-se o esvaziamento da piscina em menor tempo, menos esforço e de forma mais eficiente.

A urgência na criação de uma nova forma de tutela para proteger os direitos transindividuais é explicada corretamente pela doutrina como forma de atender o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Consagrado pelo art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), o princípio da inafastabilidade tem dois aspectos: a relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos e o acesso à ordem jurídica justa, que dá novos contornos ao princípio, firme no entendimento de que a inafastabilidade somente existirá concretamente por meio do oferecimento de um processo que efetivamente tutele o interesse da parte titular do direito material. Interessa ao presente estudo o segundo aspecto.

O que realmente significa dizer que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser tutelada jurisdicionalmente? Trata-se da ideia de “acesso à ordem jurídica justa”, ou, como preferem alguns, “acesso à tutela jurisdicional adequada”. Segundo lição corrente na doutrina, essa nova visão do princípio da inafastabilidade encontra-se fundada em quatro ideais principais, verdadeiras vigas mestras do entendimento[6]: acesso ao processo, ampla participação, decisões com justiça e eficácia das decisões.

Interessa à presente análise a primeira dessas vigas mestras. O acesso ao processo dos direitos transindividuais seria impossível com a aplicação do sistema criado para a tutela individual. E, nesse sentido, o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente seria flagrantemente desrespeitado. A única forma de fazer valer concretamente o princípio constitucional nesse caso, portanto, seria – como foi – com a criação da tutela coletiva.

Ainda que de maneira mais difícil, demorada e cara, para os direitos individuais atualmente protegidos pela tutela coletiva, não é concebível falar em impossibilidade de tutela por meio do

sistema criado pela tutela individual. Conforme já afirmado, os obstáculos são tantos e tão significativos, entretanto, que sacrificam ou tornam extremamente difícil o acesso ao processo, de modo que a inclusão de tal espécie de direito no microssistema coletivo também pode ser explicada como efetivação do princípio do acesso à ordem jurídica justa.

11.1.3. Microssistema coletivo

A ideia de criação de microssistema foi muito bem desenvolvida no campo do direito material, sendo os estudos mais aprofundados sobre o tema apresentados por civilistas. Mesmo em outros campos do direito material, tais como o direito trabalhista e penal, existem estudos e aplicação da ideia de microssistema. Acredito que até mesmo no direito processual tal ideia não se limita à tutela coletiva, havendo doutrina, por exemplo, que fala em microssistema processual criado pelas três leis que regulamentam os Juizados Especiais (Lei 9.099/1995; Lei 10.259/2001; Lei 12.153/2009)[7].

Essa pluralidade de normas processuais que regulamentam a tutela coletiva no direito pátrio é algo que naturalmente complica sua aplicação no caso concreto, com discussões por muitas vezes acaloradas sobre qual norma aplicar. É um problema que poderia ter sido resolvido, mas a opção legislativa não seguiu o desejo da maior parte da doutrina especializada.

Existe um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. Contribuíram para a elaboração desse Código Modelo especialistas ibero-americanos de diversos países, sendo brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluísio de Castro Mendes. Como o próprio nome sugere, entretanto, trata-se apenas de um modelo, que serve, quando muito, para comparação com o direito vigente em nosso país. De qualquer forma, trata-se de compilação em um só Código de todas as normas processuais da tutela coletiva.

Certamente influenciados pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, teve início em território nacional um movimento para a elaboração de um Código de Processo Civil coletivo. Depois de muitas idas e vindas, o projeto, que desistiu da ideia originária de novo Código e passou a propor uma revisão substancial da Lei 7.347/1985, para que passasse a ser o diploma processual coletivo (Projeto de Lei 5.139/2009), foi rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça[8], sendo interposto recurso do relator e de outros deputados contra tal decisão. Finalmente, em 17 de março de 2010, o projeto de lei foi rejeitado pela Câmara dos Deputados.

Esse brevíssimo histórico é importante porque demonstra que houve uma tentativa legislativa de reunião de todas – ou ao menos da maioria – as normas processuais da tutela coletiva num só diploma legal. Ocorre, entretanto, que esse objetivo não foi alcançado, de forma que, atualmente, o sistema processual da tutela coletiva está espalhado por inúmeras leis, o que exige do intérprete o reconhecimento de que o microssistema de processo coletivo resulta da reunião de normas distribuídas por tais leis.

Registre-se, antes de tudo, que o termo microssistema coletivo não é tranquilo na doutrina, havendo aqueles que preferem falar em minissistema[9] e outros, em sistema único coletivo[10]. São diferentes nomenclaturas para praticamente o mesmo raciocínio, de forma que a adoção de uma ou de outra não gera qualquer repercussão prática relevante. Prefiro o termo "microssistema coletivo" por

ser o mais utilizado, sendo, inclusive, consagrado no Superior Tribunal de Justiça[11]. O mais importante é a definição de como as leis que compõem o microssistema se relacionam e como esse se relaciona com o Código de Processo Civil.

São inúmeras as leis que compõem o microssistema coletivo, podendo ser citadas: Lei 4.717/1965 (Ação Popular); Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública); Constituição Federal de 1988; Lei 7.853/1989, (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários); Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.492/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei 10.471/2003 (Estatuto do Idoso); Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança); Lei 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Concorrência).

Apesar da inegável pluralidade de leis a compor o microssistema coletivo, a doutrina parece tranquila no sentido de indicar que o núcleo duro desse microssistema é formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor[12]. Para alguns, inclusive, só existiria o Código de Defesa do Consumidor e a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/1985 e reafirmada, contrariada ou complementada pelas demais leis mencionadas[13]. Seja como for, não há como se negar a relevância das Leis 7.347/1985 e 8.078/1990 para o microssistema coletivo.

No tocante à norma que deve ser aplicada no caso concreto, é possível pensar em três interessantes pontos: (i) definir dentro do núcleo duro qual norma deve ser aplicada; (ii) fora do núcleo duro, como normas de outras leis que compõem o microssistema devam ser aplicadas; (iii) fora do microssistema, como devem ser aplicadas as regras do Código de Processo Civil.

Quanto ao primeiro ponto, há corrente doutrinária que defende ser prioritariamente aplicáveis as normas da Lei da Ação Civil Pública, deixando-se a aplicação em segundo plano, no que for cabível, das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor[14], enquanto outra corrente entende que, sendo a relação de direito material de consumo, a aplicação da Lei de Ação Civil Pública deve ocorrer subsidiariamente[15]. Considerando apenas esses dois entendimentos, o primeiro é preferível em razão da expressa previsão contida no art. 21 da Lei 7.347/1985.

Considero, entretanto, que não existe propriamente uma ordem preestabelecida entre os dois diplomas legais. Na realidade, são raras as hipóteses de conflito entre suas normas, servindo o segundo para especificar normas existentes no primeiro, como ocorre, por exemplo, no caso da competência, ou para incluir novidades, como a expressa previsão de tutela coletiva aos direitos individuais homogêneos. Normas do diploma mais antigo, modificadas posteriormente, também são aplicáveis no diploma mais recente, como o famigerado art. 16 da LACP, ainda que atualmente corretamente interpretado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme analisado no item 11.6.4. Como se nota, há uma quase perfeita interação entre os dois diplomas que formam o núcleo duro do microssistema coletivo.

Nas raras situações de conflito, entendo que deva sempre prevalecer a norma mais benéfica na tutela do direito coletivo *lato sensu*, sendo, portanto, irrelevante a natureza do direito material. Dessa forma, mesmo se tratando de direito do consumidor, se a norma prevista no CDC se mostrar menos favorável ao direito do consumidor do que aquela prevista na LACP, entendo que deve ser essa segunda aplicada no caso concreto.

Mais complexa é a solução de conflito entre o núcleo duro formado pelas duas leis e as demais leis extravagantes que compõem o microssistema. Para parcela da doutrina, primeiro deve-se aplicar o núcleo duro, e somente não havendo norma lá prevista, as demais leis[16], enquanto outros entendem que primeiro devam ser aplicadas as leis específicas, e somente na hipótese de omissão se passar à aplicação das regras constantes do núcleo duro[17].

Caso seja necessária a determinação *a priori* e de forma abstrata de qual lei deve prevalecer, tem mais lógica o segundo entendimento, aplicando-se antes a norma prevista em lei específica e, somente diante de sua omissão, a norma geral prevista no núcleo duro do microssistema coletivo. Não parece, entretanto, que deva ser sempre essa a melhor solução, porque é possível que a norma específica seja menos benéfica para a tutela do direito do que aquela prevista de forma genérica na Lei de Ação Civil Pública e/ou no Código de Defesa do Consumidor.

Prefiro, portanto, conforme já adiantado, o entendimento de que, dentro do microssistema coletivo, deve ser sempre aplicável a norma mais benéfica à tutela do direito material discutido em processo, sendo irrelevante se determinada por norma específica ou geral, anterior ou posterior, ou qualquer outra forma de interpretação de normas[18]. Esse entendimento tem como mérito uma proteção mais efetiva ao direito material coletivo *lato sensu*, independentemente da espécie de direito e do diploma legal criado pelo legislador para tutelá-lo, porém gera relativa insegurança jurídica por não criar bases objetivas para aferição da norma aplicável ao caso concreto, dependendo sempre da casuística.

Por fim, a aplicação das normas existentes no Código de Processo Civil será imprescindível, mas para isso é fundamental que não exista norma expressa aplicável ao caso concreto dentro do próprio microssistema[19]. Além disso, a norma processual presente no Código de Processo Civil não pode afrontar os princípios do processo coletivo[20], o que leva a doutrina a afirmar que a aplicação não deve ser subsidiária, mas sim eventual.

11.1.4. Marcos legislativos

Apesar de indiscutível a existência de um microssistema coletivo, composto por inúmeras leis é inegável que existem verdadeiros marcos legislativos no tocante ao processo coletivo em nosso país, podendo ser indicados quatro momentos, sem desprezo dos demais, que têm relevância mais significativa na sistematização do processo coletivo.

O primeiro marco legislativo é a Lei 4.717/1965, conhecida como Lei da Ação Popular. Apesar de a doutrina entender que a ação popular vigorou no período imperial e início da República, durante a vigência das Ordenações do Reino, considerando-se a possibilidade de defesa de bens de uso comum pelo cidadão, com o advento do Código Civil de 1916, mais precisamente em razão de seu art. 76, a doutrina majoritária passou a entender que o sistema jurídico brasileiro não mais admitia a ação popular, ainda que vozes isoladas continuassem a defender a sobrevivência dessa ação coletiva[21].

Em 1934 a ação popular é incluída expressamente na Constituição Federal, por meio do art. 113, § 38, para, três anos depois, ser suprimida pela Constituição de 1937, vindo a ser restabelecida pelo art. 141, § 38, da Constituição de 1946, mantendo-se em todas as Constituições subsequentes (art.

150, § 31 da CF de 1967; art. 153, § 31 da ECF de 1969 e na atual CF/1988 em seu art. 5.º, LXXIII).

No campo infraconstitucional, a Lei 4.717 de 1965, que regulamenta a ação popular, deve ser considerada o primeiro marco legislativo, por ter sido a primeira lei que indiscutivelmente tratou de tutela coletiva no ordenamento brasileiro, sendo significativas as inovações por ela propostas, tais como a diferenciada forma de legitimação ativa (embora a legitimidade ativa do cidadão não tenha influenciado leis posteriores que compõe o microssistema coletivo), a possibilidade de o réu virar autor, a coisa julgada *secundum eventum probationis*, a obrigatoriedade de execução da sentença de procedência, dentre outras importantes novidades, ao menos à época.

Apesar da indiscutível relevância da ação popular para o processo coletivo, no âmbito do direito consumerista tal ação é inaplicável, daí o desinteresse de sua análise no presente livro. Tentativas no sentido de tutelar direitos consumeristas por meio da ação popular vêm sendo corretamente rejeitadas pelo Superior Tribunal de Justiça[22], que limita tal espécie de ação coletiva à proteção dos valores constantes expressamente do texto constitucional, no qual não se inclui o direito difuso do consumidor.

O segundo marco legislativo é a Lei 7.347/1985, chamada de Lei da Ação Civil Pública. Ainda que seja inegável a importância dessa lei para o microssistema, inclusive fazendo parte de seu núcleo duro, é preciso registrar que ela surgiu em nosso ordenamento jurídico com abrangência significativamente menor do que a que tem atualmente.

Na origem, apesar de consagrar a tutela dos direitos difusos e coletivos, havia uma expressa previsão no art. 1.º a respeito de quais seriam esses direitos: consumidor, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural. E esse rol era considerado exaustivo, até em razão do veto ao inciso que previa a tutela de "qualquer outro direto difuso e coletivo". O rol só veio a se tornar exemplificativo com o advento do CDC, mais precisamente do inciso IV do art. 1.º.

Lamentável, entretanto, que, após um significativo passo rumo à amplitude da tutela coletiva, tenha-se caminhado para trás com a previsão expressa no parágrafo único do art. 1.º, de vedação a determinadas espécies de direitos difusos e coletivos (pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados), em especial quando nota-se a preocupação de salvaguardar o Estado[23]. Tais limitações, entretanto, apesar de lamentáveis, não atingem o direito consumerista, que desde a origem da ação civil pública já vinha expressamente consagrado como direito tutelável.

De qualquer forma, foi um marco legislativo no desenvolvimento do processo coletivo, especialmente em razão das novidades a respeito da legitimidade ativa, em opção legislativa consideravelmente diferente daquela adotada no Código de Defesa do Consumidor, da amplitude de direitos materiais tutelados com previsão no art. 1.º, previsão de inquérito civil, regras de competência, previsão do Fundo de Direitos Difusos, ainda que pendente de regulamentação, regras referentes à gratuidade para o autor. Ainda hoje, é uma das leis mais importantes que compõem o microssistema coletivo.

O terceiro marco legislativo é a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, a primeira de nossa fase democrática após os tristes e nebulosos anos de ditadura militar. É possível analisar a relevância da Constituição Federal de 1988 para a tutela coletiva sob dois

diferentes aspectos.

Na questão do direito material coletivo, considerando-se que, pela primeira vez, o texto constitucional consagrou a tutela de direitos materiais difusos e coletivos, bastando para se chegar a tal conclusão a leitura do art. 5.º da Constituição Federal. Elevar o direito material coletivo ao âmbito dos direitos fundamentais foi obra da Constituição Federal, o que, pelo menos no plano acadêmico, era o esperado. Está lá, quando ele fala em direito do consumidor, à saúde, direito à educação, direito ao patrimônio histórico-cultural etc.

O segundo aspecto é processual, considerando que a Constituição Federal de 1988 expressamente consagra regras referentes ao processo coletivo, ainda que não trate especificamente do procedimento de tal processo, missão, inclusive, outorgada à legislação infraconstitucional. Em pelo menos três passagens do texto constitucional existe previsão que afeta positivamente o processo coletivo.

Amplia-se o cabimento da ação popular em razão da previsão contida no art. 5.º, LXXIII, da CF/1988, que passa a admitir tal espécie de ação coletiva para: (a) anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; (b) anulação de ato lesivo à moralidade administrativa; (c) anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Essa norma constitucional, conjugada com o art. 1.º, *caput*, da LAP, em sua redação original, e com seu § 1.º, incluído pela Lei 6.513/1977, que conceitua o patrimônio público a ser protegido como bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, ampliam significativamente o âmbito de tutela por meio dessa espécie de ação coletiva.

Atualmente, e muito em decorrência da previsão constitucional, é tranquilo o entendimento de que, por meio da ação popular tutelam-se tanto os bens materiais que compõem o patrimônio público como também os bens imateriais. Essa ação coletiva, portanto, não se limita mais somente à tutela do erário, também prestando-se à tutela de bens do patrimônio imaterial, tais como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio cultural, artístico e urbanístico.

Por outro lado, o art. 129, III, da CF/1988, prevê que o Ministério Público tem como função institucional a promoção do inquérito civil e a propositura da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Lembre-se que em 1988 ainda havia a limitação de tutela a algumas espécies de direitos difusos e coletivos, em razão da previsão do art. 1.º da LACP, com a redação da época, de forma que a previsão constitucional, ao não atrelar a atuação ativa do Ministério Público às espécies de direitos transindividuais, foi inovadora no campo da legitimação ativa.

Na realidade, criou-se uma situação anômala, com evidente quebra de isonomia entre os legitimados ativos coletivos. Enquanto o Ministério Público tinha legitimidade constitucional para ingressar com processo coletivo para a tutela de qualquer espécie de direito coletivo e difuso, os demais legitimados ativos estavam limitados ao rol exauriente previsto no art. 1.º da LACP. A anomalia, entretanto, durou pouco, podendo-se até dizer que a norma constitucional serviu com precursora das mudanças ocorridas dois anos depois no CDC.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, LXX, "a" e "b", previu expressamente o mandado de segurança coletivo, determinando sua legitimidade ativa. A regulamentação veio somente no ano de 2009, por meio da Lei 12.016, mas, de qualquer forma desde a Constituição

Federal já se admite o mandado de segurança coletivo, no que o texto pode ser considerado uma importante inovação em termos de processo coletivo.

O quarto e último marco legislativo é a Lei 8.078/1990, que, apesar de conhecida como Código de Defesa do Consumidor, tem importantes dispositivos nos Títulos III e V destinados ao processo coletivo, sendo aplicável em qualquer direito dessa espécie, e não só no direito coletivo consumerista. Como já analisado no presente Capítulo, o CDC, naquilo que couber, forma atualmente com a LACP o núcleo duro do microssistema coletivo.

O Código de Defesa do Consumidor teve ao menos dois grandes méritos no tocante ao processo coletivo, que merecem um maior destaque e são mais do que suficientes para que seja considerado um marco legislativo da tutela coletiva.

Primeiro, o diploma legal passou a prever que qualquer direito difuso ou coletivo poderia ser objeto de tutela coletiva, afastando a ideia restritiva que até então advinha do art. 1.º da LACP. O rol legal, portanto, passou a ser meramente exemplificativo, o que, naturalmente, ampliou consideravelmente o âmbito de proteção coletiva em juízo. Na realidade, fez-se pelo Código de Defesa do Consumidor, para todos os legitimados ativos, aquilo que dois anos antes a Constituição Federal já havia feito para o Ministério Público.

Em segundo lugar, e ainda mais importante, foi estendida aos direitos individuais homogêneos a tutela por meio do processo coletivo, com o Capítulo II do Título III inteiramente destinado a regulamentar essa tutela. Como a LACP só previa a tutela de direito difuso e coletivo, e a LAP só é cabível para a tutela do direito difuso à proteção do patrimônio público material e imaterial, a novidade do CDC realmente pode ser considerada significativa.

Como o presente capítulo tem como precípua missão a análise da tutela coletiva do consumidor em juízo, serão enfrentadas em especial as normas constantes da Lei 8.078/1990, e somente supletivamente, naquilo que afetar diretamente o consumidor, as normas da Lei 7.347/1985.

11.2. ESPÉCIES DE DIREITOS PROTEGIDOS PELA TUTELA COLETIVA

11.2.1. Introdução

Conforme afirmado no item 11.1, existem fundamentalmente três espécies de direitos materiais abrangidos: difusos, coletivos e individuais homogêneos. As previsões específicas no ECA e no Estatuto do Idoso a respeito da defesa, pelo Ministério Público, de direitos individuais indisponíveis por meio de ação civil pública não interessam ao estudo da tutela coletiva do consumidor.

O art. 81, parágrafo único, da Lei 8.078/1990 conceitua essas três espécies de direitos coletivos *lato sensu*, sendo relevante sua distinção sob a ótica acadêmica e mesmo prática, em especial entre os direitos genuinamente coletivos e aqueles apenas acidentalmente coletivos.

11.2.2. Direitos ou interesses?

Há diversas passagens de textos legais que, ao se referirem ao objeto de tutela do processo

coletivo, mencionam "direitos" e "interesses" difusos, coletivos e individuais homogêneos. O art. 81 do CDC, responsável pela conceituação do que seja difuso, coletivo e individual homogêneo, faz expressa menção a interesse e direitos; o art. 21 da LACP, ao prever a aplicação subsidiária do CDC, também faz alusão a direitos e interesses; o art. 129, III, da CF prevê como função institucional do Ministério Público a instauração de inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Nesse mesmo sentido o art. 81 do Projeto de Lei do Senado 271/2012.

Há também dispositivos que embaralham os termos, como ocorre no art. 1.º da LACP, que, ao prever o objeto de tutela da ação civil pública, indica, no inciso III, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e no inciso IV, a tutela de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. O mesmo se verifica em decisões do Superior Tribunal de Justiça, que se referem sem qualquer preocupação a ambos os termos, a cada momento alternando-os como se fossem sinônimos[24].

Por fim, o art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009 prevê em seus dois incisos a tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos por meio do mandado de segurança coletivo, sem qualquer menção ao termo "interesses".

Afinal, o objeto de tutela por meio do processo coletivo são os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ou ambos?

É possível indicar na doutrina a existência de três correntes sobre o tema: (a) os que entendem tratar-se de termos sinônimos[25]; (b) os que entendem mais apropriada a adoção do termo interesse[26]; (c) os que defendem a utilização do termo direito[27].

Acredito que, para o direito pátrio, a distinção entre direito e interesse não tenha mais a relevância de outrora e que até hoje é mantida em alguns outros países. A necessidade de tutelar a coletividade ou uma comunidade surgiu como algo incompreensível diante da concepção clássica de direito subjetivo, dividido entre direitos privado (de titularidade de um indivíduo) e público (de titularidade do Estado). Não havendo espaço para esses novos titulares (coletividade e comunidade), criou-se o termo "interesses" para designar esse novo fenômeno.

Como bem demonstrado pela melhor doutrina, a exclusão do chamado "interesse" coletivo e difuso do âmbito dos direitos só pode ser explicada por uma estreita concepção de direito subjetivo, com nítidas marcas de um liberalismo individualista, que exigia a determinação de titular como condição para a existência de um direito[28]. E, até mesmo dentro dessa visão clássica e ultrapassada, passou a se admitir uma distinção entre os chamados interesses, que foram definidos como simples – não tuteláveis jurisdicionalmente – e legítimos (jurídicos) – tuteláveis da mesma forma que os direitos subjetivos.

Como se pode notar, é possível que a distinção pretendida entre direito subjetivo e interesse legítimo tenha alguma importância em países que mantêm diferentes estruturas jurisdicionais para tutelar cada um deles. É o caso, por exemplo, da Itália, país no qual os direitos subjetivos são postulados perante a Justiça ordinária ou contenciosa civil, enquanto os interesses legítimos são postulados perante a Justiça administrativa. Não é esse, entretanto, o caso do Brasil, que tem uma jurisdição una e indivisível, que tutelará tanto o interesse legítimo como o direito subjetivo, caso efetivamente existam diferenças entre eles.

Na realidade, os valores de interesse da coletividade ou de uma comunidade, que um dia foram considerados meros interesses e depois passaram a ser vistos como interesses legítimos, atualmente devem ser contemplados como direitos subjetivos. Daí a absoluta desnecessidade de continuar, tanto no âmbito legislativo como no doutrinário e jurisprudencial, a se referir a interesses quando se tratar de tutela coletiva, bastando para a compreensão do tema a utilização do termo "direito".

Compreende-se a corrente doutrinária que prefere a utilização do termo interesse a direito, por considerar que nesse caso amplia-se o objeto de tutela por meio do processo coletivo[29]. Contudo, tenho a impressão de que essa preocupação, apesar de legítima e bem-vinda, não tem qualquer consequência prática, porque não consigo imaginar um "interesse" difuso, coletivo e individual homogêneo que não possa ser tratado como direito subjetivo[30].

Diante de todas as considerações tecidas a respeito da diferença de interesse – em especial, o legítimo – e o direito subjetivo, e constatada a absoluta irrelevância de distinção entre ambos no tocante à tutela jurisdicional no plano coletivo, prefiro me valer exclusivamente do termo direito.

Existem fundamentalmente três espécies de direitos materiais tutelados pelo microssistema coletivo: difusos, coletivos e individuais homogêneos. É preciso também incluir as previsões específicas no Estatuto da Criança e Adolescente e no Estatuto do Idoso a respeito da defesa pelo Ministério Público de direitos individuais indisponíveis por meio de ação coletiva, que também serão tratados no presente capítulo.

O art. 81, parágrafo único, da Lei 8.078/1990 conceitua essas três espécies de direitos coletivos *lato sensu*, sendo relevante sua distinção sob a ótica acadêmica e mesmo prática, em especial a diferença entre os direitos genuinamente coletivos e aqueles apenas acidentalmente coletivos.

11.2.3. Direito difuso

Nos termos do art. 81, parágrafo único, I, do CDC, os interesses ou direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Como se pode notar do conceito legal de direito difuso, essa espécie de direito é composta por quatro elementos cumulativos.

Afirmar que o direito difuso é transindividual é determinar a espécie de direito pelo seu aspecto subjetivo, qual seja, o seu titular. O direito transindividual, também chamado de metaindividual ou supraindividual, é aquele que não tem como titular um indivíduo. Nas corretas lições de Teori Albino Zavascki, "é direito que não pertence à administração pública e nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo"[31].

Nota-se que o conceito de direito transindividual é residual, aplicando-se a todo direito material que não seja de titularidade de um indivíduo, seja ele pessoa humana ou jurídica, de direito privado ou público. No caso específico do direito difuso, o titular é a coletividade, representada por sujeitos indeterminados e indetermináveis. São direitos que não têm por titular um só sujeito nem mesmo um grupo determinado de sujeitos, referindo-se a um grupo social, a toda a coletividade, ou mesmo a parcela significativa dela.

O segundo elemento é a natureza indivisível, voltado para a incindibilidade do direito, ou seja, o

direito difuso é um direito que não pode ser fracionado entre os membros que compõem a coletividade. Dessa forma, havendo uma violação ao direito difuso, todos suportarão por igual tal violação, o mesmo ocorrendo com a tutela jurisdicional, que, uma vez obtida, aproveitará a todos, indistintamente.

Nesse sentido a melhor doutrina:

> "1.º) os interesses e direitos difusos são aqueles que dizem respeito aos bens indivisíveis; 2.º) os bens indivisíveis, a seu turno, são aqueles em que não é viável uma forma diferenciada de gozo ou utilização; 3.º) nisto está implicado que o tipo de interesse dos membros de uma dada coletividade são, quantitativa e qualitativamente, iguais; 4.º) ademais, por isso mesmo, esses bens não são suscetíveis de apropriação exclusiva; 5.º) daí é que não se pode cogitar de atribuir-se a alguém, mais do que a outro(s) uma titularidade própria ou mais envergada, do que as dos demais inseridos no mesmo contexto"[32].

Ao prever o terceiro elemento que compõe o direito difuso, o art. 81, parágrafo único, I, do CDC, comete um equívoco ao afirmar que a titularidade desse direito é de pessoas indeterminadas. Na realidade, os titulares não são sujeitos indeterminados, mas sim a coletividade. Essa coletividade, naturalmente, é formada por pessoas humanas, mas o direito difuso não as considera como indivíduos, mas tão somente como sujeitos que compõem a coletividade, como integrantes desta[33].

Com essas considerações deve ser interpretado o dispositivo legal ora mencionado, e, nesses termos, compreende-se que o titular do direito difuso é a coletividade, por sua vez composta por sujeitos indeterminados e indetermináveis, ou seja, sujeitos que não são e nem podem ser determinados individualmente. Na realidade, como lembra a melhor doutrina, admite-se uma indeterminabilidade relativa; mesmo que seja possível a determinação, sendo a mesma extremamente difícil e trabalhosa, o direito continua a ser difuso. Como lembra José Carlos Barbosa Moreira, "o conjunto dos interessados apresenta contornos fluidos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando muito superlativamente difícil, a individualização exata de todos os componentes"[34].

Por fim, o último elemento apontado pelo dispositivo legal ora analisado na conceituação do direito difuso é a circunstância de estarem todos os sujeitos que compõe a coletividade ligados por uma situação de fato, sendo dispensável que entre eles exista qualquer relação jurídica. Rizzatto Nunes afirma que, "em matéria de direito difuso, inexiste uma relação jurídica base. São as circunstâncias de fato que estabelecem a ligação. Entenda-se bem: são os fatos, objetivamente considerados, o elo de ligação entre todas as pessoas difusamente consideradas e o obrigado"[35].

Exemplo classicamente dado de direito difuso aplicável ao direito consumerista é o da propaganda enganosa[36]. Por meio de anúncio que induz o consumidor a erro, um fornecedor tenda vender produto ou serviço que jamais será apto a atender as expectativas deixadas pela propaganda. O simples fato de ser veiculada uma campanha publicitária enganosa é o suficiente para que todos os consumidores, potencialmente expostos a tal campanha, passem a compor a coletividade consumerista afrontada pela violação cometida pelo fornecedor.

Outro interessante exemplo é o da colocação no mercado de produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores[37]. Novamente, será uma circunstância de fato que reunirá os consumidores numa coletividade afrontada pela conduta do fornecedor.

11.2.4. Direito coletivo

Nos termos do art. 81, parágrafo único, II, do CDC, os interesses ou direitos coletivos são direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Como se pode notar do conceito legal de direito coletivo, essa espécie de direito é composta por quatro elementos cumulativos.

Exatamente como ocorre no direito difuso, o direito coletivo é transindividual (metaindividual ou supraindividual) porque seu titular não é um indivíduo. Por terem a natureza transindividual como característica comum, o direito difuso e o direito coletivo são considerados direitos essencialmente coletivos[38]. Há, entretanto, uma diferença. Enquanto no direito difuso o titular do direito é a coletividade, no direito coletivo é uma comunidade, determinada por um grupo, classe ou categoria de pessoas.

A natureza indivisível também é elemento do direito coletivo, exatamente da mesma forma como ocorre no direito difuso. Nesse aspecto as duas espécies de direito transindividual são idênticas, comungando a característica de serem direitos que não podem ser divididos e usufruídos particularmente pelos sujeitos que compõem a coletividade ou comunidade. Como ocorre no direito difuso, também no direito coletivo todos os sujeitos que compõem o titular do direito – grupo, classe ou categoria de pessoas – suportam uniformemente todos os efeitos que atinjam o direito material.

No terceiro elemento do direito coletivo, o art. 81, parágrafo único, II, do CDC foi extremamente feliz em apontar como titular do direito um grupo, classe ou categoria de pessoas, deixando claro que não são os sujeitos individualmente considerados os titulares do direito, mas sim o grupo, classe ou categoria da qual façam parte. Essa limitação do direito coletivo a sujeitos que componham uma determinada comunidade leva a doutrina a corretamente afirmar que esses sujeitos são indeterminados, mas determináveis:

> "Esses interesses são também inerentes a pessoas indeterminadas a princípio, mas determináveis, pois o vínculo entre elas é mais sólido, decorrente de uma relação jurídica comum"[39].

O último elemento indispensável ao direito coletivo é a existência de uma relação jurídica base. Conforme bem ensinado pela doutrina, "essa relação jurídica base é a preexistente à lesão, ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou ameaça de lesão"[40]. Significa que o direito coletivo depende de uma relação jurídica que reúna os sujeitos em um grupo, classe ou categoria antes de qualquer violação ou ameaça de violação a um direito indivisível dessa comunidade.

A forma mais simples de se visualizar a diferença entre essas duas relações jurídicas de direito material é imaginando que, solucionada a crise jurídica envolvendo o grupo, classe ou categoria de pessoas, essa unidade entre elas continuará a existir, porque a relação jurídica base existente entre elas não se confunde com aquela relação jurídica resolvida em juízo. Consumidores que tenham adquirido um mesmo carro e tenham direito a um *recall* não realizado pela montadora estarão reunidos numa relação jurídica base, que preexiste e sobreviverá à solução da relação jurídica conflituosa gerada pelo problema derivado da produção do veículo e à resistência da montadora em resolvê-lo espontaneamente.

A relação jurídica base da qual depende a existência do direito coletivo pode se dar de duas formas distintas: entre os próprios sujeitos que compõem o grupo, classe ou categoria, ou desses sujeitos com um sujeito comum que viole ou ameace de violação o direito da comunidade. Nas palavras da melhor doutrina, "cabe salientar que essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo *affectio societatis* ou pela sua ligação com a 'parte contrária'. No primeiro caso temos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (ou qualquer associação de profissionais); no segundo, os contribuintes de determinado imposto. Os primeiros ligados ao órgão de classe, configurando-se como 'classe de pessoas' (advogados); os segundos ligados ao ente estatal responsável pela tributação, configurando-se como 'grupo de pessoas' (contribuintes)"[41].

É natural imaginar ser o direito coletivo mais coeso que o direito difuso, porque existe uma relação jurídica base que torna determináveis os sujeitos beneficiados por sua tutela. A coesão desse direito, entretanto, não significa uma necessária organização, como bem demonstrado por Kazuo Watanabe:

> "Tampouco foi considerado traço decisivo dos interesses ou direitos coletivos o fato de sua organização, que certamente existirá apenas na primeira modalidade mencionada no texto legal, qual seja, os interesses e direitos pertencentes a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base, e não na segunda modalidade, que diz com os interesses ou direitos respeitantes a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas com a parte contrária por uma relação jurídica base. Mesmo sem organização, os interesses ou direitos coletivos, pelo fato de serem de natureza indivisível, apresentam identidade tal que, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade, tornando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua proteção jurisdicional em forma molecular"[42].

São variados os exemplos de direito coletivo consumerista. Quando se analisa a relação jurídica base derivada de uma vinculação entre os membros do grupo, classe ou categoria, pode se imaginar os associados de uma associação de proteção aos direitos do consumidor. Analisada a relação jurídica base com relação "à parte contrária", um bom exemplo é o grupo de alunos de uma escola quando discutem a reformulação da grade curricular.

11.2.5. Direitos individuais homogêneos

O art. 81, parágrafo único, III, do CDC, foi bastante sucinto no conceito de direitos individuais homogêneos, prevendo apenas como exigência que decorram de uma origem comum. A singeleza do dispositivo, entretanto, limita-se ao aspecto literal, havendo sérias divergências a respeito de seu conteúdo.

Diante do conceito legal, é imprescindível que se determine o alcance da expressão "origem comum". Para Kazuo Watanabe, "a origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a 'origem comum' de todos eles."[43]

Pensando em termos processuais, a origem comum decorre dos dois elementos que compõe a causa de pedir: fato e fundamento jurídico. Havendo um dano a grupo de consumidores em razão de um mesmo fato, ou ainda de fatos assemelhados, pode-se afirmar que os direitos individuais de cada

um deles ao ressarcimento por seus danos são de origem comum. Da mesma forma, sendo possível que, mesmo diante de fatos distintos, um grupo de consumidores possa postular por um direito com base num mesmo fundamento jurídico, também se poderá afirmar que seus direitos individuais decorrem de uma origem comum.

Essa origem comum, entretanto, parece não ser o suficiente para que se tenha um direito individual homogêneo. Apesar de ser o único requisito previsto pelo dispositivo legal ora analisado, para que a reunião de direitos individuais resulte em um direito individual homogêneo é necessário que exista entre eles uma homogeneidade, não sendo suficiente apenas a origem comum. A homogeneidade, portanto, seria o segundo elemento dessa espécie de direito.

Com amparo de realidade já existente nas *class actions* do direito norte-americano (regra 23 das *Federal Rules* de 1966), corrente doutrinária entende que a homogeneidade dependerá da prevalência da dimensão objetiva sobre a individual. Significa que, havendo tal prevalência, os direitos, além de terem origem comum, serão homogêneos e poderão ser tutelados pelo microssistema coletivo. Por outro lado, se, apesar de terem uma origem comum, a dimensão individual se sobrepor à coletiva, os direitos serão heterogêneos e não poderão ser tratados à luz da tutela coletiva.

Nas ações cujo objeto seja o direito individual homogêneo, busca-se uma sentença condenatória genérica, que possa aproveitar a todos os titulares do direito, sendo que caberá a cada um deles ingressar com uma liquidação de sentença individual para se comprovar o nexo de causalidade e o dano individualmente suportado pelo liquidante. Para Ada Pellegrini Grinover, a prevalência das questões coletivas sobre as individuais se mostrará sempre que não houver maior dificuldade de o indivíduo provar o nexo de causalidade e quantificar seu dano:

> "Ora, a prova do nexo causal pode ser tão complexa, no caso concreto, a ponto de tornar praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do art. 95, a qual só reconhece a existência de dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar um processo de liquidação tão complicado quanto uma ação condenatória individual, até porque ao réu devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, e notadamente o contraditório e a ampla defesa. E a via da ação coletiva poderá ter sido inadequada para a obtenção da tutela pretendida"[44].

Conforme lição da jurista paulista, quando não for possível de forma simples a determinação do nexo causal do direito individual e daquele que seria reconhecido na sentença coletiva, não haverá interesse de agir para a ação coletiva, dado que tal ação não será útil e nem adequada para resolver a crise jurídica enfrentada pelos indivíduos. Por outro lado, a sentença não será eficaz, porque de pouco proveito será aos titulares dos direitos individuais, considerando que a liquidação da sentença nesse caso em tudo se assemelhará a um verdadeiro processo de conhecimento condenatório individual[45].

Aparentemente foi essa a tônica da proposta de novo conceito legal da espécie de direito ora analisado. Segundo o art. 81, III, do Projeto de Lei do Senado 271/2012, os interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela.

Há também outra forma de se analisar a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual em seu aspecto objetivo: os fundamentos devem aproveitar a todos os titulares do direito, sendo inviável a formulação de pretensão com fundamentos que se aplicam somente a um ou mesmo alguns dos

indivíduos. Essa prevalência da dimensão coletiva sobre a individual pode ser mais bem visualizada por meio de um exemplo.

Cooperados de um mesmo Condomínio Residencial se sentem prejudicados em razão de uma cláusula de pagamento residual presente em todos os contratos, considerando sua natureza de adesão. Os fundamentos a serem utilizados por todos serão os mesmos para evitar a cobrança abusiva, e por isso o direito ao não pagamento caracteriza-se como individual homogêneo e pode ser tutelado por meio de ação coletiva.

Contudo, é possível que a maioria das casas tenha sido entregue com algum tipo de problema diferente: parede torta, encanamento mal colocado, pintura mal feita, chão com ondulações, janelas que não abrem etc. Nesse caso, apesar de uma origem comum, que é a péssima prestação do serviço, os fundamentos individuais somente aproveitarão os proprietários de cada um dos imóveis, o que impede a utilização de uma ação coletiva para sua tutela.

Um tradicional exemplo dado pela doutrina a respeito de direitos individuais homogêneos no campo consumerista diz respeito à aquisição, por diversos consumidores, de veículo de uma determinada marca, ano e série com defeitos de fabricação[46]. Nesse exemplo é facilmente identificada a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual, considerando-se que a tese de defeito de fabricação aproveita a todos os adquirentes, e para eles será fácil e simples provar o nexo de causalidade, bastando provar o título de proprietários dos veículos.

Por outro lado, se defeitos pontuais passarem a prejudicar individualmente cada um dos consumidores (para um a porta não fecha direito, para outro vaza gasolina, para outro o cheiro do ar condicionado lembra urina, e assim por diante), será impossível uma tutela coletiva que os atenda, porque nesses casos haverá uma nítida prevalência da dimensão individual sobre a coletiva, sendo claro que, no exemplo dado, não haverá uma tese geral a beneficiar todos os consumidores. Os problemas podem até ter uma origem comum, todos advindos de defeitos de utilização dos veículos, mas não terão a homogeneidade suficiente para serem tutelados pelo microssistema coletivo.

A preocupação demonstrada pela doutrina ao exigir algo mais além da mera origem comum para caracterizar o direito individual homogêneo se presta essencial para diferenciar essa espécie de direito de um mero litisconsórcio disfarçado. Segundo parcela da doutrina, "uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito"[47].

O argumento é comum e impressiona, mas entendo que não tenha como prosperar. A origem comum está presente, numa maior ou menor intensidade, nas hipóteses de cabimento do litisconsórcio, salvo na hipótese prevista no art. 46, I, do CPC, que trata de um mesmo direito ou obrigação com pluralidade de titulares. Nesse sentido as corretas lições de Teori Albino Zavascki:

> "Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo"[48].

Justamente em razão desta circunstância, tenho dificuldade em aceitar o tratamento coletivo de qualquer soma de direitos individuais, ainda que de origem comum e homogêneos. Penso que, para se justificar a tutela coletiva, deve a violação do direito ter repercussão significativa, atingindo um número razoável de indivíduos, sob pena de se tutelar coletivamente direitos individuais que não tenham grande repercussão subjetiva[49].

Para justificar o que se alega, basta imaginar dois consumidores que, ao dividirem uma mesma garrafa de cerveja, tiveram sérias complicações médicas em razão de defeito do produto (líquido apodrecido). A origem dos direitos ao ressarcimento dos danos é naturalmente comum, bem como não há como se negar a homogeneidade dos direitos, considerando a simples prova do nexo de causalidade entre os direitos individuais e a eventual sentença condenatória genérica. Mas seria legítimo que uma associação de defesa dos consumidores ingressasse com uma ação civil pública requerendo a condenação do fornecedor da cerveja pelos danos suportados pelos dois consumidores lesados? Teria sido esse o objetivo de se tutelar coletivamente os direitos individuais homogêneos?

É preciso concordar que no texto legal não existe qualquer espécie de exigência expressa para um número mínimo de lesados, o que tem levado, inclusive, parcela da doutrina a entender que essa circunstância é irrelevante[50]. Entendo, entretanto, que deve existir um número razoável de lesados a permitir a aplicação do microssistema coletivo, única forma de compatibilizar o direito individual homogêneo e a tutela coletiva. No exemplo da cerveja, caso o problema tivesse afetado um número maior de consumidores, em razão de diversas garrafas com defeito de produção, seria adequada a tutela coletiva, mas para somente dois consumidores – ou poucos –, entendo como único caminho viável a tutela individual.

No sentido de se exigir número razoável de lesados, interessante lição de Marcelo Abelha, a partir de dispositivos legais do próprio CDC:

> "Depreende-se a exigência da relevância social para a sua tutela, pelo sistema processual coletivo, pela simples leitura dos dispositivos que cuidam mais diretamente desta modalidade de interesse. Assim, o art. 94 fala em publicação de edital para conhecimento dos interessados (e bem se sabe que as regras que justificam um edital residem no fato de ser desconhecido ou incerto o réu ou interessado). Mas não é só, já que também o art. 95 prevê que a sua sentença seja condenatória genérica, admitindo que o pedido, portanto, seja também genérico (não identificado o titular nem apurado ainda o prejuízo deste mesmo titular). Já o art. 100, parágrafo único, dá ensanchas à compreensão de que o interesse que justifica ser tratado como individual homogêneo é justamente aquele que, pela relevância e extensão, não há como se determinar seus titulares individuais e nem mesmo os prejuízos sofridos por cada um, deixando essas tarefas para a ação liquidatória"[51].

O Superior Tribunal de Justiça tem decisões nesse sentido, exigindo para a configuração de direito individual homogêneo, e consequente utilização da ação coletiva, um número considerável de indivíduos tutelados[52].

Cumpre finalmente uma consideração. Diferentemente dos direitos difusos e coletivos, o direito individual homogêneo não é um direito transindividual, já que seu titular não é a coletividade nem uma comunidade, mas sim os indivíduos. Teori Albino Zavascki corretamente afirma que "os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa de todos eles"[53].

Justamente por não ser transindividual, o objeto do direito individual homogêneo não é

indivisível, como ocorre no direito difuso e coletivo, sendo divisível e decomponível entre cada um dos indivíduos. Como não existe a incindibilidade natural dos direitos transindividuais, o direito individual homogêneo é apenas a soma de direitos individuais, que, fundados numa tese geral, podem ser tratados conjuntamente como se fossem um só em um processo coletivo.

A doutrina majoritariamente entende pela natureza individual do direito individual homogênea[54], dadas a sua titularidade e divisibilidade, havendo, inclusive, expressões consagradas na doutrina que demonstram de forma clara essa característica dos direitos individuais homogêneos e a consequente diferença destes com os direitos difusos e coletivos (transindividuais).

José Carlos Barbosa Moreira consagrou a ideia de que os direitos difusos e coletivos são direitos essencialmente coletivos, enquanto os direitos individuais homogêneos são apenas acidentalmente coletivos[55]. Teori Albino Zavascki fala em defesa de direitos coletivos para se referir aos direitos difusos e coletivos, e em defesa coletiva de direitos para se referir a direitos individuais homogêneos[56]. As tentativas de defender uma natureza transindividual dos direitos individuais homogêneos são raras[57] e praticamente sem repercussão, não impressionando, por vezes, a menção a tal circunstância em corpo de julgados consideravelmente despreocupados com a melhor técnica.

11.2.6. Identidades e diferenças entre os direitos coletivos *lato sensu*

Na doutrina é tranquilo o entendimento de que nem sempre será fácil ao operador do direito distinguir as diferentes espécies de direito coletivo existentes em nosso microssistema processual coletivo. A constatação é corroborada por identidades de alguns elementos comuns a mais de uma dessas espécies de direito.

Tanto o direito difuso como o coletivo são transindividuais, já que nenhum deles pertence a um indivíduo. Apesar de serem diferentes os titulares desses direitos – a coletividade, no primeiro caso, e uma comunidade no segundo –, a transindividualidade é característica comum a ambos. Também a indivisibilidade é característica presente tanto no direito difuso como no direito coletivo, não sendo possível a fruição desse direito apenas por alguns membros da coletividade ou da comunidade e não pelos demais.

As identidades entre o direito difuso e o coletivo, entretanto, se limitam à transindividualidade e à indivisibilidade, porque entre ambos há ao menos duas importantes diferenças.

Conforme já analisado, enquanto no direito difuso não existe uma relação jurídica que vincule os indivíduos que compõem a coletividade, no direito coletivo há, entre os membros da coletividade, uma relação jurídica base, que os vincula entre si ou com a parte contrária. Portanto, no direito difuso a condição de membro da coletividade decorre de uma situação de fato, enquanto no direito coletivo existe uma relação jurídica que vincula os indivíduos que compõem a classe, grupo ou categoria de pessoas.

Enquanto no direito difuso há uma indeterminabilidade dos sujeitos que compõem a coletividade (note-se, não há, como indevidamente sugere o art. 81, parágrafo único, incisos I e II, do CDC, uma indeterminabilidade de titulares, porque o titular é sempre determinado: a coletividade), ainda que relativa, conforme já analisado, no direito coletivo, os membros que compõem a comunidade são indeterminados, mas determináveis (novamente o titular do direito é determinado – o grupo, classe

ou categoria de pessoas –, sendo indeterminados, mas determináveis, somente os sujeitos que compõem essa comunidade).

A questão mais importante que deve ser respondida, entretanto, diz respeito à utilidade prática dessa distinção entre o direito difuso e coletivo. Para parcela da doutrina, a questão se resolve no plano puramente acadêmico, sem grandes consequências práticas. Nesse sentido as lições de Teori Albino Zavascki:

> "Nem sempre são perceptíveis com clareza as diferenças entre os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais e indivisíveis, o que, do ponto de vista processual, não tem maiores consequências, já que, pertencendo ambos ao gênero direitos transindividuais, são tutelados judicialmente pelos mesmos instrumentos processuais"[58].

Por outro lado, existe corrente doutrinária que defende a precisa distinção dos direitos difusos e coletivos não só por uma questão acadêmica, observando que também existiram consequências práticas relevantes dessa tarefa. Nas palavras de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes,

> "A correta distinção se faz necessária e é importante, na medida em que as duas categorias estão submetidas a regime diverso em termos de coisa julgada. A sentença proferida em relação aos interesses difusos produzirá efeitos *erga omnes*, enquanto na solução dos conflitos envolvendo interesses coletivos a eficácia estará adstrita ao grupo, categoria ou classe"[59].

Feita a distinção entre os direitos que se mostram transindividuais, é ainda necessária a distinção desses com o direito individual homogêneo, também tutelado pelo microssistema coletivo.

A primeira e principal diferença diz respeito ao titular do direito, característica essa, inclusive, que demonstra de forma clara a opção de política legislativa de se tratar coletivamente, em termos processuais, os direitos individuais homogêneos. O titular do direito individual homogêneo é o indivíduo, considerando que nesse caso haverá uma soma de direitos individuais, sendo cada um desses direitos somados de titularidade definida de um indivíduo.

Por outro lado, a indivisibilidade – ou unitariedade – presente nos direitos transindividuais não é encontrada no direito individual homogêneo, porque nesse os direitos individuais somados podem ser fruídos ou sacrificados individualmente diante de cada um de seus titulares. Parece ser exatamente nesse ponto o aspecto diferenciador mais importante para fins de distinção, na prática, da natureza do direito defendido em juízo.

Quando uma ação civil pública é proposta para reparar os danos de consumidores que se vitimaram num acidente em transporte oferecido por uma empresa turística, cada qual dos consumidores lesados terá um direito individual de reparação, que, uma vez somados, poderão resultar num direito individual homogêneo. Por outro lado, quando numa ação civil pública se pretende condenar o réu a modificar a propaganda de um produto, em razão das informações incorretas que contém, toda a coletividade será beneficiada com a eventual condenação, sendo nítida a natureza transindividual do direito tutelado nesse caso. E, ainda, se é buscada numa ação civil pública a mudança na grade curricular de uma escola, todos os alunos que lá estudam serão beneficiados ou prejudicados pela mudança, mas será inviável a modificação curricular somente para alguns dos alunos e para outros não.

A distinção entre o direito individual homogêneo e o difuso e coletivo parece ter grandes repercussões práticas: (i) a legitimidade tem pequena diferença no tocante ao Ministério Público,

que possui legitimidade ampla nos direitos transindividuais e encontra alguma limitação na defesa do direito individual homogêneo; (ii) não se admitirá numa ação individual a defesa de direitos difusos e coletivos, o mesmo não ocorrendo com o direito individual homogêneo; (iii) no direito individual homogêneo é admissível o ingresso de qualquer titular de direito como assistente litisconsorcial do autor, o que não se admite nos direitos difusos e coletivos; (iv) a liquidação e execução seguirão regras procedimentais totalmente diferentes, conforme amplamente analisado nos itens 11.8 e 11.9.

Entretanto, como bem anotado pela melhor doutrina, não há somente diferenças entre os direitos transindividuais, em especial o coletivo, e o direito individual homogêneo. Nessas duas espécies de direito existirá um grupo, classe e categoria de pessoas, sendo a determinação, ou quando muito a determinabilidade desses sujeitos, um elemento comum a essas duas espécies de direito[60].

Apesar das diferenças entre os direitos tuteláveis pelo microssistema coletivo, conforme ensina a melhor doutrina, é possível a cumulação de todos eles, ou de dois deles, num mesmo processo, desde que respeitadas as exigências processuais específicas de cada um deles[61]. Dessa forma, é possível, por exemplo, numa mesma ação civil pública se pedir a condenação do réu a parar de veicular propaganda enganosa (direito difuso), bem como a condenação ao ressarcimento de todos os consumidores que foram prejudicados por terem acreditado na propaganda (direito individual homogêneo).

E, por fim, ainda seguindo as lições de autorizada doutrina, é possível que de uma mesma situação fático-jurídica derivem direitos coletivos *lato sensu* de diferentes espécies:

> "Outra confusão recorrente precisa ser desfeita: o mesmo interesse não pode ser simultaneamente difuso, coletivo e individual homogêneo. O que pode ocorrer é que uma única combinação de fatos, sob uma única relação jurídica, venha a provocar o surgimento de interesses transindividuais de mais de uma categoria, os quais podem até mesmo ser defendidos na mesma ação civil pública ou coletiva"[62].

11.3. COMPETÊNCIA NA TUTELA COLETIVA

11.3.1. Competência absoluta: funcional ou territorial?

Parece não haver dúvida na doutrina e na jurisprudência a respeito da natureza absoluta da competência no âmbito da tutela coletiva. É natural que a competência da Justiça e do juízo no caso concreto será sempre de natureza absoluta, mas o traço distintivo na tutela coletiva é que a competência do foro também é absoluta, diferente do que ocorre, ao menos como regra, na tutela individual.

A competência do foro (comarca na Justiça Estadual e seção judiciária na Justiça Federal) no âmbito da tutela coletiva é regulada pelos arts. 2.º da LACP e 93 do CDC. No art. 93 do CDC não há qualquer previsão a respeito da natureza da competência lá determinada, mas no art. 2.º da LACP há previsão expressa da competência funcional do local do dano, o que demonstra de forma indiscutível a natureza absoluta da competência ali prevista.

Uma vez previsto expressamente no art. 2.º da LACP que a competência do foro para as demandas coletivas é funcional, pode-se afirmar que sua natureza estaria resolvida por determinação legal. Ocorre, entretanto, que a simples previsão de uma espécie de competência não é suficiente

para determinar sua natureza, de forma que continua a existir a dúvida a respeito de ser a regra de competência do foro do local do dano de competência funcional ou territorial, ainda que, nesse segundo caso, excepcionalmente absoluta.

Para responder a questão, deve-se partir de uma constatação: parece que atualmente há um equívoco claro a respeito do conceito da competência funcional. Na verdade, toda a confusão a respeito do instituto deriva das lições de Giuseppe Chiovenda, seguidas por nosso Código de Processo Civil e por grande parcela da doutrina nacional. Para o mestre italiano, a competência funcional se baseava em duas características bastante distintas:

> "a) quando as diversas funções necessárias num mesmo processo ou coordenadas à atuação da mesma vontade de lei são atribuídas a juízes diversos ou a órgãos jurisdicionais diversos (competência por graus; cognição e execução, medidas provisórias e definitivas, e outras);
>
> b) quando uma causa é confiada ao juiz de determinado território pelo fato de ser aí mais fácil ou mais eficaz sua função (execução no lugar dos bens; processo de falência na sede do estabelecimento comercial principal)".[63]

O problema gerado por tal construção é deixar transparecer a ideia – amplamente dominante na doutrina nacional – de que a fixação de competência em um determinado território possa ter caráter funcional, o que não se coaduna com o conceito clássico de competência funcional. Nem mesmo nas hipóteses em que supostamente a função jurisdicional puder ser exercida de maneira mais fácil ou eficaz, o entendimento será aceitável. Há uma falha clara nesse raciocínio, de se atribuir somente em algumas hipóteses competência absoluta para determinado lugar em que teoricamente a atividade jurisdicional – em especial no campo probatório – seria facilitada, o que geraria como consequência uma tutela jurisdicional de melhor qualidade.

Como então explicar a relatividade das diversas hipóteses de competência previstas pelo art. 100 do CPC, como a do local do acidente de veículos, que poderá também ser proposta no domicílio do autor, ou ainda no domicílio do réu? Alguém duvida que, nesse caso, o processo tramitando no local do acidente possa gerar um contato mais próximo do juiz com a instrução probatória? E que supostamente tal contato faria com que a função a ser exercida pelo juiz fosse mais fácil ou mais eficaz? Porque então, nesse caso, não se aplica a competência funcional?

Entendo que há um grave equívoco ao se imaginar que tais características sejam efetivamente a razão para que a regra de competência tenha caráter funcional. Ademais, seria absolutamente inconveniente entender o critério funcional como sendo apto a determinar uma melhor ou pior forma de prestação jurisdicional, quando o mínimo que se espera é que a prestação jurisdicional de qualidade seja sempre a preocupação da jurisdição, independentemente do local em que é exercida.

Dessa forma, parece que nas situações em que o legislador fixa uma competência territorial, atribuindo-lhe a característica de competência absoluta, não o faz levando em conta tão somente a melhor ou pior qualidade da prestação jurisdicional, mas sim a natureza do direito material debatido. É essa natureza que leva o legislador a fixar certo território de maneira improrrogável para julgar determinadas demandas judiciais, sendo somente possível afirmar que a facilidade ou eficácia da função a ser exercida pelo juiz é apenas algo que motivou o legislador a criar essas regras de competência absoluta, mas nunca sua razão de ser.

Nesses termos, irretocável a conclusão de Brunela Vieira de Vicenzi, em artigo específico sobre o tema:

"A relação de direito material influencia diretamente na definição da competência; em determinados casos a relevância do direito tutelado impõe a sua diferenciação, quando, então, o legislador atribui previamente competência absoluta a determinado órgão jurisdicional. Porém, a questão não vem sendo tratada de maneira tão simples. Na maioria das vezes o legislador utiliza-se de dois ou mais critérios definidores da competência simultaneamente, por exemplo, o material e territorial. E aí, não obstante, atribui a essa competência o rótulo de funcional, acreditando que assim ela se tornará absoluta. Em síntese, poderíamos dizer que o conceito está sendo distorcido e utilizado para atribuir eficácia 'absoluta' à competência de um órgão jurisdicional definido em razão do território simplesmente, ou em razão do território conjugado a matéria (hipótese em que, aliás, a competência já seria absoluta por força dos critérios utilizados). Mais simples e coerente seria estabelecer, em vista dos direitos tutelados, sempre que estes forem de ordem pública, em cuja tutela o Estado tenha premente interesse, a competência absoluta, independentemente do critério utilizado para a sua prévia definição. Improrrogável pela vontade das partes, portanto".[64]

Essa errônea definição do conceito de competência funcional pode ser sentida em três importantes dispositivos legais: a) art. 95 do CPC; b) art. 2.º da Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública); c) art. 80 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), sendo mais relevante para o presente estudo a norma que compõe o núcleo duro do microssistema coletivo.

11.3.2. Competência absoluta do foro

Assim vem redigido o art. 2.º da LACP: "as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa". Conforme já afirmado, o legislador pensou em evitar qualquer espécie de debate sobre a verdadeira espécie de competência ao determinar expressamente tratar a regra de competência funcional. Melhor seria simplesmente se manter alheio a tão polêmico debate, consignando somente que a competência é absoluta, como acertadamente sugerido por Cândido Rangel Dinamarco:

"A Lei de Ação Civil Pública, empregando linguagem inadequada, diz ser funcional a competência de foro ali estabelecida (art. 2.º). Entende-se que quis com isso dar por absoluta essa competência, porque a realização do processo no foro onde se localiza o dano é do interesse público e não de indivíduos identificados – afastando-se consequentemente a possibilidade de eleição de outro foro e mesmo a prorrogação da competência territorial por força de omissão em opor exceção declinatória"[65].

Há na doutrina uma considerável quantidade de estudiosos do processo coletivo que já tiveram oportunidade de externar certa perplexidade pela reunião expressa de dois critérios de determinação de competência: territorial e funcional (pelo menos é isso que a lei afirma),[66] não obstante todos prestigiem a indicação legal sob o argumento de que no local do dano haverá possibilidade de uma proximidade física do juiz com o evento, e consequentemente a prova poderá ser colhida mais facilmente e de maneira mais eficaz, o que, em última análise, proporcionaria uma tutela jurisdicional de melhor qualidade.

Merece transcrição a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso sobre o tema:

"Ante esses dados, se esmaece o impacto causado à primeira leitura do art. 2.º da Lei 7.347/1985, onde, como se disse, o legislador aproximou critérios que, ordinariamente, conduzem a competências de natureza diversa. Seja porque aí se seguiu a regra de competência territorial especial (CPC, art. 100, V, *a*), seja porque a própria letra da lei é no sentido de que o juiz 'terá competência funcional para processar e julgar a causa', não padece dúvida de que, no caso, trata-se de competência absoluta, com as consequências daí decorrentes: não se prorroga, não depende de exceção para ser conhecida, pode ser declarada de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é fator de nulidade absoluta; manejável em ação rescisória (CPC, art. 485, II)".[67]

Mais uma vez se nota a indevida confusão entre a razão de ser da fixação da competência

absoluta a certo território e os ganhos práticos que tal fixação provavelmente trará ao processo. Não são, como faz parecer, a facilidade da produção da prova e o maior contato do juiz com o evento que motivou o ingresso da demanda judicial que fazem com que a competência da ação civil pública seja obrigatoriamente a do local do dano. Essas circunstâncias são mera consequência. O que determina a competência absoluta – e não funcional – do local do dano é a natureza do direito controvertido (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Conforme já afirmado, a competência da ação civil pública é do foro do local do dano, sendo essa competência de natureza absoluta (no texto legal funcional, mas na realidade territorial). Essa é a disposição do art. 2.º da Lei 7.347/1985 que, apesar de ser omissa a esse respeito, também se refere ao foro do local em que deva ser praticado o ato ilícito – e, como consequência, não necessária, mas natural, gerar-se o dano, nas hipóteses de tutela inibitória. É nesse sentido o teor do art. 93 do CDC, ao prever como competente o foro do local em que deva ocorrer o dano. O dispositivo tem o mérito de prever a competência para ações de tutela preventiva, mas ao fixar a competência tomando por base o "dano", afasta-se da melhor doutrina, que ensina não depender a tutela preventiva do dano[68].

Nas Comarcas maiores, em que existam varas da Justiça Estadual e da Justiça Federal, a eventual participação de um dos entes federais previstos pelo art. 109, I, da CF/1988 não enseja qualquer problema, já que tanto a vara estadual como a vara federal estarão localizadas no mesmo foro. O mesmo não ocorre, entretanto, em comarcas em que não exista vara federal e haja participação no processo da União, autarquias, fundações, empresas públicas federais e Ministério Público Federal.

A questão que deve ser levantada nesse caso diz respeito a instituto já estudado quando se tratou da competência da Justiça Federal: a delegação por competência prevista pelo art. 109, § 3.º, da CF/1988. Não havendo vara federal no local do dano, será possível que o processo tramite perante a Justiça Estadual investida de competência federal ou será necessário que o processo seja deslocado até a vara Federal, ainda que em local diverso daquele em que ocorreu ou em que deva ocorrer o dano? A resposta a tal questão dependerá do entendimento a respeito de o art. 2.º da Lei 7.347/1985 ter efetivamente criado hipótese de delegação de competência, conforme facultado pelo art. 109, § 3.º, da CF/1988, ou não ter criado tal delegação por ausência de norma expressa nesse sentido.

Nossos tribunais, durante algum tempo, estiveram vacilantes a respeito do tema. A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou, em 12.03.1997, a Súmula 183: "Compete ao Juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo". Como se pode notar do teor da súmula transcrita, o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que houve, por meio da Lei da Ação Civil Pública, a criação de mais uma hipótese de delegação de competência federal ao juiz estadual nos locais em que não existissem varas federais.

O entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça era – e ainda é, embora superado pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal – o preferido pela doutrina, que sempre entendeu que a delegação se justificaria em razão da previsão legal e, mais do que isso, em razão da própria necessidade de o processo se desenvolver perante o local do dano como forma de presumidamente garantir uma tutela jurisdicional de melhor qualidade. A justificativa para o legislador ter criado uma regra de competência territorial absoluta (situação excepcional) é justamente o contato mais direto do juiz com os elementos probatórios a serem colhidos e até mesmo com a repercussão do ato

praticado na comunidade. A transferência de uma demanda para outra cidade, em que exista vara federal, colocaria em xeque tal justificativa, afastando o juiz do local do dano e, em tese, prejudicando a própria entrega da prestação jurisdicional[69].

Assim se manifestou Ricardo de Barros Leonel:

> "As peculiaridades dos interesses metaindividuais dificultam a produção de provas no curso da demanda judicial. A fixação da competência no local do dano tem por escopo facilitar a instrução, pois a proximidade do juízo com relação à prova milita em favor de sua elaboração. Como nas demandas coletivas há maior interesse público e preocupação com a busca da verdade real, adequado propiciar a proximidade entre o juiz e o dinamismo dos atos de colheita das provas. Isto implica o respeito máximo ao direito constitucional de ação e a garantia do acesso efetivo à justiça e à ordem jurídica justa"[70].

Esse entendimento, entretanto, não foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, o que gerou inclusive a revogação da Súmula 183 do STJ. Vale a pena a transcrição de trecho do voto de lavra do Min. Ilmar Galvão:

> "O dispositivo contido na parte final da CF 109 § 3.º é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (*rectius*: jurisdição) ao juízo estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas na CF 109, I. A permissão não foi utilizada pelo legislador, que se limitou, na LACP 2.º, a estabelecer que as ações nele previstas 'serão propostas no local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa'. Considerando que o juiz federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3.º da CF 109, em relação às causas de natureza previdenciária"[71].

Com o referido julgado, a questão se pacificou, ainda que doutrinariamente seja possível a defesa de tese em sentido contrário. O próprio Superior Tribunal de Justiça abdicou de seu entendimento originário, passando a entender, em homenagem ao princípio da harmonização dos julgados, que a participação de ente federal previsto pelo art. 109, I, da CF/1988 exige a competência da Justiça Federal, ainda que em cidade diversa daquela em que se deu o dano ou na qual há a ameaça de tal dano ocorrer[72].

11.3.3. Dano local, regional e nacional

Outra interessante questão que envolve a competência da ação civil pública vem regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 93, II (Lei 8.078/1990). Trata-se da ocorrência de dano regional ou nacional:

> "Art. 93. Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:
>
> I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
>
> II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil nos casos de competência concorrente".

Entendo que há dois graves problemas gerados por esse dispositivo legal, não havendo qualquer contribuição de suas regras para a necessária segurança jurídica ou mesmo qualidade da prestação jurisdicional.

A primeira crítica dirigida ao dispositivo legal diz respeito a sua total despreocupação em conceituar as diferentes abrangências de dano que menciona (local, regional e nacional). Nem mesmo parâmetros que poderiam ajudar na análise do caso concreto são fornecidos pelo referido dispositivo. Naturalmente que deixando a missão de conceituação de tais abrangências exclusivamente à jurisprudência e à doutrina, o resultado seria – como de fato o é – a insegurança jurídica. De qualquer forma, tenta-se explicar o que significa dano local, regional e nacional.

A análise se inicia pelo que deve ser entendido como *dano de âmbito local*. Parece que nesse caso o dano não terá repercussão muito ampla, estando limitado a produtos ou serviços que atingirão tão somente pessoas domiciliadas em pequena área territorial, sendo a característica principal a reduzida extensão geográfica do dano. Nesse caso, o art. 93, I, do CDC indica o foro do lugar como competente, e assim o deverá ser. No caso de o dano atingir mais de uma comarca, a competência entre elas se resolverá pelo fenômeno da prevenção, ainda que as comarcas pertençam a diferentes Estados. O mesmo ocorrerá com diferentes seções judiciárias, mesmo que de diferentes regiões.

Os danos de maior repercussão poderão ser *regionais*, quando atingirem pessoas espalhadas por uma inteira região, ou *nacionais*, quando atingirem pessoas em praticamente todo o território nacional, ainda que a distinção nesse caso seja inócua para a definição da competência, que seguirá a mesma regra, sendo o dano regional ou nacional.

Como se pode notar, não é fácil a distinção entre dano local, regional e nacional, ainda que a distinção entre dano regional e nacional seja inócua para a definição da competência. A dificuldade pode ser sentida nas lições de autorizado especialista no tema, segundo quem o dano local é mais restrito "em razão da circulação limitada de produtos ou da prestação de serviços circunscritos, os quais atingirão pessoas residentes num determinado local", enquanto será regional ou nacional o produto ou serviço que "acarretar prejuízos de dimensões mais amplas, atingindo pessoas espalhadas por uma inteira região ou por todo território nacional"[73].

Para o Superior Tribunal de Justiça, é regional o dano mesmo quando atinge a sujeitos domiciliados dentro de um mesmo Estado da Federação, desde que espalhados em vários locais diferentes[74], e nacional, o que interessa a três Estados da Federação[75], dando a entender que o dano local é reservado a uma comarca ou ainda a um pequeno grupo de comarcas dentro do mesmo Estado, levando em conta que há decisão que considera como dano regional aquele que atinge oito comarcas, mas de diferentes Estados da Federação.

Para os casos de dano regional ou nacional, o art. 93, II, do CDC apontou como competente o foro da Capital do Estado (no caso de dano regional, naturalmente de um dos estados envolvidos) ou do Distrito Federal. Haverá nesse caso uma competência concorrente entre tais foros, sendo a competência fixada concretamente por meio do fenômeno da prevenção. Registre-se a existência de doutrina que entende que, no caso de dano nacional, o único foro competente deveria ser o do Distrito Federal. Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover:

> "Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal"[76].

O entendimento exposto acima, entretanto, é amplamente minoritário, entendendo a doutrina

majoritária que haverá concorrência de foros ainda que o dano seja de âmbito nacional, sendo plenamente possível a propositura da demanda em qualquer das capitais[77].

Interessante notar a existência de doutrina[78] e de jurisprudência no sentido de que a competência em caso de dano nacional não deve ser livremente estabelecida entre as comarcas da capital dos Estados envolvidos e do Distrito Federal, cabendo uma análise no caso concreto a respeito de qual local seria o mais adequado a receber as demandas coletivas. Em interessante julgamento que definiu a competência de ação de improbidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, mesmo havendo atos de improbidade em três Estados da Federação, a competência seria da capital do Estado no qual a maioria dos atos foi praticado e onde todos os réus eram domiciliados[79].

A segunda crítica que deve ser feita ao art. 93 diz respeito à regra criada pelo seu inciso II, porque, a depender da situação concreta e/ou a vontade do autor, a ação coletiva terá como competente um foro no qual o dano discutido não foi gerado e em algumas situações bem distante do local onde ocorreu. Entendo que nesse caso a regra viola a própria razão de ser da competência absoluta das ações coletivas, porque, se a justificativa para impor a competência de um foro é a proximidade com as provas, pessoas e facilitação do exercício jurisdicional, como justificar uma regra que permite a competência de um foro em que nenhuma dessas vantagens existirá?

Basta imaginar um dano suportado por consumidores do Sul brasileiro, espalhados por inúmeras comarcas do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, inclusive as capitais de tais Estados. Pouco importa se tal dano é local ou nacional porque a regra aplicável será a mesma: competência corrente dos foros da Capital e do Distrito Federal. Caso o autor escolha qualquer uma das três capitais dos Estados afetados, não haverá violação à regra prevista no art. 2.º da LACP, porque a ação terá como competente um foro no qual ocorreu o dano. E se a opção for o Distrito Federal?

Será ainda mais dramática a hipótese de dano que atinja comarcas de Estados diferentes sem, entretanto, afetar suas capitais. Nesse caso, independentemente da escolha do autor – entre as capitais dos Estados atingidos ou Distrito Federal – a ação coletiva será proposta e seguirá em foro onde não ocorreu o dano discutido na demanda.

Não é preciso muito esforço para notar que nem todos os foros considerados competentes pelo art. 93, II, do CDC, nas ações coletivas que versam sobre dano regional ou nacional, serão afetados por tal dano, de forma que a aplicação do dispositivo legal no caso concreto poderá significar o desrespeito à regra consagrada no art. 2.º da LACP que prevê como competente absoluto (funcional) o foro do local do dano.

Nos termos do art. 81, § 1.º, do Projeto de Lei 271/2012, a competência do foro é da capital do Estado, se o dano ou o ilícito atingir o seu território; e do Distrito Federal, se o dano ou o ilícito atingir o seu território, concorrentemente com os foros das capitais atingidas. Além de abolir para fins de fixação de competência a abrangência do dano, o dispositivo aparentemente prevê a competência da capital somente na hipótese de seu território ser atingido pelo dano ou pelo ato ilícito, o que é elogiável por evitar que a demanda siga em comarca onde não ocorreu o dano.

Também é interessante a previsão contida no art. 81, § 2.º, que fixa a competência da comarca de entrância mais elevada quando o dano atingir diversas comarcas. Registre-se ainda a previsão contida no § 5.º no sentido de resolver impasse na hipótese de no foro existir vara especializada em razão da matéria e em ações coletivas, fixando a competência naquela em detrimento desta.

11.4. LEGITIMIDADE

11.4.1. Espécies de legitimidade

Conforme tradicional lição doutrinária, a legitimidade para agir (*legitimatio ad causam*) é a pertinência subjetiva da demanda ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda[80]. Tradicionalmente, afirma-se que serão legitimados ao processo os sujeitos descritos como titulares da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante[81], mas essa definição só tem serventia para a legitimação ordinária, sendo inadequada para a conceituação da legitimação extraordinária.

Na tutela individual a regra geral em termos de legitimidade é consagrada no art. 6.º do CPC, ao prever que somente o titular do alegado direito pode pleitear em nome próprio seu próprio interesse, consagrando a legitimação ordinária, com a ressalva de que o dispositivo legal somente se refere à legitimação ativa, mas é também aplicável à legitimação passiva. A regra do sistema processual, ao menos no âmbito da tutela individual, é a legitimação ordinária, com o sujeito em nome próprio defendendo interesse próprio.

Excepcionalmente admite-se que alguém em nome próprio litigue em defesa do interesse de terceiro, hipótese em que haverá uma legitimação extraordinária. Apesar de o art. 6.º do CPC prever expressamente que a legitimação depende de autorização expressa da lei, a melhor doutrina entende que, além da previsão legal, também se admite a legitimação extraordinária quando decorrer logicamente do sistema[82], como ocorre com a legitimação recursal da parte em apelar do capítulo da sentença que versa sobre os honorários de seu advogado.

Existe certo dissenso doutrinário a respeito da legitimação extraordinária e da substituição processual. Enquanto parcela da doutrina defende tratar-se do mesmo fenômeno, sendo substituto processual o sujeito que recebeu pela lei a legitimidade extraordinária de defender interesse alheio em nome próprio[83], outra parcela da doutrina entende que a substituição processual é uma espécie de legitimação processual[84]. Há aqueles que associam a substituição processual à excepcional hipótese de o substituído não ter legitimidade para defender seu direito em juízo, sendo tal legitimação exclusiva do substituto[85]. Para outros, a substituição processual só ocorre quando o legitimado extraordinário atua no processo sem que o legitimado ordinário atue com ele[86].

As explicações não convencem, sendo amplamente superior a corrente doutrinária que entende tratar-se a substituição processual e a legitimação extraordinária do mesmo fenômeno. Além disso, no âmbito da tutela coletiva parece não haver qualquer empecilho para a utilização do termo substituição processual, ao menos para aqueles que entendem ser a legitimidade ativa uma legitimação extraordinária. Para tanto, basta lembrar que o titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não é legitimado, ao menos por meio de ação coletiva, à defesa do direito em juízo. Portanto, mesmo para a corrente doutrinária que diferencia a legitimação extraordinária da substituição processual, na tutela coletiva não restará dúvida de que os legitimados ativos são substitutos processuais e os titulares do direito, substituídos.

Existe corrente doutrinária que entende adequado restringir a legitimação extraordinária à tutela

individual, afirmando que, por meio dessa espécie de legitimação, se defende em juízo um direito subjetivo singular de titularidade de pessoa determinada. Sendo o direito difuso, de titularidade da coletividade (sujeitos indeterminados e indetermináveis) ou coletivo, de titularidade de uma comunidade – classe, grupo ou categoria de pessoas (sujeitos indeterminados, mas determináveis) –, seria inaplicável a eles a legitimação extraordinária.

Sob forte influência dos estudos alemães a respeito do tema, defendem que a legitimação ativa nas ações que têm como objeto direito difuso ou coletivo é uma terceira espécie de legitimidade, chamada de legitimidade autônoma para a condução do processo. Trata-se, segundo essa corrente doutrinária, de legitimação diversa da extraordinária porque não se podem identificar os titulares do direito e na qual a lei elege determinados sujeitos para defenderem o direito daqueles que não poderão fazê-lo individualmente[87].

No tocante à tutela jurisdicional coletiva do direito individual homogêneo, a maior parte da corrente doutrinária que defende a existência dessa terceira espécie de legitimidade acredita ser aplicável a legitimação extraordinária para explicar a legitimidade dos autores coletivos[88]. Sendo a indeterminação dos titulares e a impossibilidade de tutelá-los individualmente a justificativa de adoção da legitimação autônoma para a condução do processo, é uma consequência natural a exclusão dessa espécie de legitimação nas ações coletivas que buscam a tutela de direito individual homogêneo.

Nunca fui totalmente convencido da necessidade da adoção pelo sistema processual brasileiro dessa terceira forma de legitimação, tendo a impressão de que limitar a legitimação extraordinária a direitos individuais é apenas não admitir sua adaptação à defesa dos direitos transindividuais. É natural que a legitimação extraordinária tenha surgido para a tutela de direitos individuais, mas essa origem não a impede de atualmente também ser aplicável aos direitos transindividuais. Há doutrina nesse sentido, defendendo ser extraordinária a legitimação ativa nas ações coletivas[89].

Seja como for, trata-se de questão meramente acadêmica, sem relevantes consequências práticas. O que mais importa – e isso é indiscutível, independentemente da teoria adotada – é que os legitimados coletivos não são titulares do direito que defenderão em juízo, e tais titulares não têm legitimidade ativa para defender seus direitos.

A legitimidade ativa para ações coletivas encontra-se prevista pelo art. 82 do CDC e pelo art. 5.º da LACP. São diversos os legitimados, de diferentes espécies, opção que multiplica a oportunidade de defesa dos direitos coletivos em juízo.

11.4.2. Cidadão

A legitimidade ativa do cidadão na tutela coletiva é limitada à ação popular, em decorrência da previsão contida no art. 1.º, *caput*, da Lei 4.717/1965 (LAP), não havendo qualquer indicação de tal legitimidade em leis subsequentes que versam sobre tutela coletiva, em especial os arts. 5.º da LACP e 82 do CDC. Ao menos no que toca à previsão legal expressa, realmente, o único texto legal que atribui legitimação ao cidadão é o art. 1.º da Lei 4.717/1965, que inclusive exclui outros sujeitos dessa legitimação, salvo na excepcional hipótese de sucessão processual pelo Ministério Público, nos termos do art. 9.º da mesma lei.

Segundo parcela da doutrina, a opção do legislador foi clara em limitar a legitimidade do cidadão à ação popular, tendo considerado que a experiência não teria logrado o êxito esperado e mesmo experimentado em outros países[90]. Aponta-se para isso obstáculos multifacetários, de ordem econômica, social, técnica, cultura, política e jurídica. Diante de tal quadro, o legislador entendeu que, em leis subsequentes à da ação popular, o ideal seria não só diversificar o rol de legitimados, como excluir o cidadão de tal rol, o que efetivamente ocorreu até os dias atuais.

Existe doutrina crítica a respeito dessa limitação afirmando que o cidadão deveria ter uma legitimidade mais ampla[91], havendo inclusive parcela doutrinária que defende, mesmo diante da atual configuração legislativa, a legitimidade ativa do cidadão para a propositura de qualquer ação coletiva, com fundamento nos princípios da inafastabilidade da jurisdição e no devido processo legal[92]. No sentido de ampliar a legitimação do cidadão de forma expressa, foram as sugestões de reforma legislativas frustradas, tanto na criação de um Código de Processo Civil Coletivo como na reforma da Lei da Ação Civil Pública.

Interessante notar que, além de doutrina crítica a respeito dessa ampliação, amparada na desconsideração de particularidades de direito comparado e desprezo dos graves problemas que a legitimação do cidadão gera na propositura da ação coletiva, em especial nos Estados Unidos[93], existe outra corrente doutrinária que, ao invés de propugnar pela ampliação da legitimidade do cidadão para outras ações coletivas, defende uma ampliação dos legitimados à propositura da ação popular, com a inclusão de pessoas jurídicas ou entidades públicas no rol de legitimados ativos[94]. Nesse sentido, por exemplo, a ação popular portuguesa, que prevê outros sujeitos além do cidadão como legitimados ativos[95].

Ainda que se concorde que a ação popular tem, ao menos abstratamente, grande importância sob a ótica dos escopos políticos do processo, incrementando a participação popular de controle da administração pública por meio de ação judicial, é inegável que tal ação é privilégio de poucos, estando concentrada fundamentalmente nas mãos de acadêmicos e operadores do direito, serventuários públicos e políticos. Sem falar em sua utilização deturpada com o único e exclusivo objetivo de criar algum tipo de embaraço a adversários políticos.

A realidade mostrou que o cidadão genuíno ainda não tem um grau de cidadania suficiente para compreender e tampouco disposição para utilizar de maneira adequada a ação popular. Nesse sentido, foi feliz o legislador em ampliar o rol de legitimados coletivos em leis que se seguiram à da ação popular, ainda que se possa questionar do acerto na exclusão do cidadão desse rol de legitimados. A substituição pura e simples dos legitimados atuais pelo cidadão para todas as ações coletivas está fora de cogitação, podendo significar um retrocesso sem precedentes no campo da tutela coletiva.

A mera inclusão do cidadão, como colegitimado para a propositura de ações coletivas com os demais sujeitos previstos nos arts. 5.º da LACP e 82 do CDC, seria medida interessante, que poderia inclusive funcionar como incentivo a uma maior participação do cidadão, sem colocar em risco as conquistas obtidas até o momento. De qualquer forma, essa ampliação ou modificação drástica da legitimidade ativa coletiva passa necessariamente por modificação legislativa, podendo, portanto, serem consideradas apenas como *de lege ferenda*.

A realidade legislativa atual cria duas limitações. Primeiro, é limitada ao cidadão a legitimidade ativa da ação popular, havendo entendimento sumulado que exclui a pessoa jurídica dessa

legitimidade[96], também não se admitindo compor o polo ativo, ao menos não originariamente, Estado membro da Federação[97]. Segundo, a legitimação do cidadão é exclusiva dessa espécie de ação coletiva.

As hipóteses de cabimento da ação popular encontram-se previstas no art. 5.º, LXXIII, da CF/1988, sendo possível dividi-las em três: (a) anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; (b) anulação de ato lesivo à moralidade administrativa; (c) anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. No art. 1.º, *caput*, da Lei da Ação Popular, está consagrada a lesividade ao patrimônio público como fundamento para a ação popular, enquanto o § 1.º do mesmo dispositivo conceitua o patrimônio público a ser protegido como bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Já se pode adiantar a amplitude de tutela derivada da reunião dos dispositivos legais mencionados, sendo tranquilo o entendimento de que, por meio da ação popular, tutelam-se tanto os bens materiais que compõem o patrimônio público como também os bens imateriais. Ao prever a tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, o legislador passou a permitir, por meio da ação popular, a tutela de bens pertencentes não a uma pessoa jurídica de direito público específica, mas a toda a coletividade. Como bem ensina a doutrina, é tão lesiva ao patrimônio público a destruição de um prédio sem valor econômico, mas de grande relevância artística, como a alienação de um imóvel por preço vil, realizada por favoritismo[98].

Ainda que se admita e elogie a amplitude atual de tutela obtenível por meio de ação popular, não se pode concordar com corrente doutrinária que defende seu cabimento para a tutela difusa do consumidor, como, por exemplo, a ação promovida contra a União, por meio do Ministério da Saúde, em razão de propaganda indevida de cigarro[99]. A tentativa vem sendo corretamente rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça[100], que limita a ação popular aos valores constantes expressamente do texto constitucional, no qual não se inclui o direito do consumidor.

Sendo a ação popular a única espécie de ação coletiva que admite a legitimidade ativa do cidadão, e não sendo essa espécie de ação admissível no âmbito consumerista, conclui-se que o cidadão não pode defender, como autor, o direito coletivo consumerista.

11.4.3. Ministério Público

O estudo da legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento das ações coletivas é de extrema importância para a tutela coletiva, considerando-se que, mesmo sem dados estatísticos confiáveis, é praticamente unânime a opinião doutrinária de que o Ministério Público é o legitimado mais atuante, responsável pela propositura da maioria das ações coletivas[101]. Essa é uma constatação empírica, e as razões de ser dessa realidade dividem a comunidade jurídica, por vezes em posições radicalmente antagônicas.

Defender de forma radical essa maior presença do Ministério Público no polo ativo de ações coletivas como decorrência de um maior preparo e disposição, ou de um indevido intrometimento em busca dos holofotes e do poder, é apequenar o debate. Naturalmente, é fonte de poder relevante ao Ministério Público não só a legitimidade ativa para a propositura da ação coletiva, mas sua predominância na propositura de tais ações. Por outro lado, deve-se reconhecer que os demais

legitimados têm pequena participação – que na realidade vem aumentando –, em razão de sua falta de preparo e disposição na propositura das ações coletivas. Entendo que o aprimoramento de nossa democracia, com um aumento lento, mas progressivo, da noção de cidadania e de participação social por meio do processo coletivo tende a diminuir a soberania do Ministério Público, passando a existir outros legitimados tão preparados e dispostos quanto os promotores de justiça ao ajuizamento da ação coletiva.

A legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento das ações coletivas está expressamente consagrada nos arts. 5º, I da Lei 7.347/1985 (LACP) e 82, I, da Lei 8.078/1990 (CDC). Esses dispositivos, entretanto, não exaurem o tema, devendo ser interpretados à luz das funções institucionais constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público por meio do art. 129 da CF.

Segundo o art. 129, III, da CF, é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A expressa previsão constitucional de tutela dos direitos difusos e coletivos permite a conclusão de que, para a defesa desses direitos em juízo, o Ministério Público não tem qualquer limitação em sua atuação. Qualquer espécie de direito que seja tutelável por meio de ação coletiva poderá ser protegido no caso concreto pelo Ministério Público, não se aplicando a esse legitimado ativo a regra da "pertinência temática"[102]. O texto constitucional é suficientemente claro ao se valer do termo "outros" para designar todo e qualquer direito coletivo ou difuso.

Na realidade, o tema é totalmente pacificado no tocante à defesa dos direitos difusos, em razão da indeterminabilidade dos sujeitos que serão beneficiados com a tutela jurisdicional. Não se pode dizer o mesmo no tocante aos direitos coletivos, cujos titulares (grupo, classe ou categoria de pessoas) são formados por sujeitos indeterminados, mas determináveis. Nesse caso, segundo parcela da doutrina, caberá ao Ministério Público, dentro de suas tradicionais limitações institucionais no processo civil, somente a propositura de ações coletivas que de alguma forma estejam amparadas em interesse social[103], havendo entendimento, inclusive, que assemelha a legitimidade nesse caso àquela existente na tutela dos direitos individuais homogêneos[104].

Pessoalmente não entendo viável a limitação da legitimidade ativa do Ministério Público na tutela dos direitos coletivos em razão do texto constitucional. É inegável que, ao prever expressamente entre as atribuições funcionais do Ministério Público a propositura de ações na tutela de direitos difusos e coletivos, o legislador constituinte afasta a possibilidade de qualquer interpretação limitativa.

Um pouco mais polêmica é a legitimidade do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos, até porque não existe no art. 129 da CF uma expressa previsão legal que trate dessa legitimidade, como ocorre com os direitos difusos e coletivos. A simples exclusão de legitimidade do Ministério Público pela ausência dos direitos individuais homogêneos do art. 129, III, da CF desconsidera que o rol previsto em tal dispositivo legal é meramente exemplificativo, como fica claro da previsão contida no inciso IX do mencionado dispositivo, ao considerar função institucional do Ministério Público o exercício de outras funções não previstas expressamente nesse artigo, desde que compatíveis com sua finalidade. Ademais, não custa lembrar que a defesa dos direitos individuais homogêneos por meio de ação coletiva só foi consagrada em nosso ordenamento jurídico no Código de Defesa do Consumidor, do ano de 1990, e nossa Constituição Federal data de

dois anos antes (1988)[105].

A questão, portanto, não é definir se existe ou não a legitimação do Ministério Público na defesa de direitos individuais homogêneos em razão de previsão constitucional, mas de definir em quais limites se admitirá essa legitimidade tomando-se por conta a necessidade de adequá-la às finalidades institucionais do Ministério Público. Mais uma vez entendo que a virtude não está nas soluções extremistas. Sendo incorreta a tese que defende a ilegitimidade nesse caso, tampouco deve se admitir como correta a tese que advoga a legitimidade ampla e irrestrita, qualquer que seja a natureza do direito individual homogêneo.

Não obstante decisões do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido[106], a meu ver não é razoável o entendimento de que, somente por se tratar de uma ação coletiva, todo e qualquer direito veiculado já tenha relevância social suficiente a permitir a propositura da ação pelo Ministério Público. Apesar da opção do legislador por tratar processualmente de forma coletiva alguns direitos materiais essencialmente individuais, é desconsiderar a realidade equiparar todas as diferentes espécies de direitos individuais homogêneos reputando-os como detentores de repercussão social.

Nem mesmo o fundamento processual de que a ação coletiva em qualquer hipótese gera economia processual e harmonização de julgados, valores nitidamente associados com o interesse social da melhor qualidade da prestação jurisdicional[107], são suficientes para convencer do acerto da tese. Se assim o fosse, todo litisconsórcio seria necessário, bem como as intervenções de terceiros seriam obrigatórias, dado que, apesar de em extensão significativamente menor, nesses casos também se obtém economia processual macroscópica e harmonização dos julgados.

Concordo com a doutrina que defende a natureza de interesse social dos direitos difusos e coletivos em razão de sua transindividualidade e indivisibilidade, o que já é o suficiente para que todo direito dessas espécies seja considerado indisponível[108]. Dessa maneira, o art. 129, III, da CF, com a previsão de ampla legitimidade do Ministério Público na defesa de qualquer direito difuso ou coletivo, é plenamente compatível com o art. 127, *caput*, da CF, atendendo plenamente a função institucional prevista constitucionalmente. Reforço, portanto, a ideia de que, nos direitos difusos e coletivos, não existe "pertinência temática", sendo irrelevantes as circunstâncias do caso concreto, entendimento compartilhado pela jurisprudência dos tribunais superiores[109].

Segundo entendimento doutrinário[110] e jurisprudencial[111] amplamente majoritário, a legitimidade do *parquet* na defesa de direito individual homogêneo depende de duas circunstâncias alternativas: (a) direito indisponível; (b) direito disponível que, por sua importância e/ou extensão, tenha repercussão social. Registre-se a existência de corrente doutrinária minoritária que defende a legitimidade somente na hipótese de direito individual homogêneo indisponível, nos termos do art. 127, *caput*, da CF[112]. Se algumas dificuldades práticas existem na distinção entre direito disponível e direito indisponível, estas se potencializam na aferição concreta da relevância social exigida na hipótese de direito individual homogêneo disponível. De qualquer forma, é corrente a lição doutrinária de que a relevância social pode se manifestar pela natureza do dano (p. ex., à saúde, à segurança, ambiental); pelo número significativo de lesados; pelo interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (p. ex., questões referentes a servidores públicos, poupadores, segurados)[113].

11.4.4. Pessoas jurídicas da administração pública

A legitimidade ativa para as ações coletivas da União, Estado, Município e do Distrito Federal está prevista nos arts. 5.º, III da Lei 7.347/1985 (LACP) e 82, II da Lei 8.078/1990 (CDC), enquanto nos arts. 5.º, IV da Lei 7.347/1985 (LACP) e 82, III, da Lei 8.078/1990 (CDC) encontra-se a legitimidade ativa das empresas públicas, autarquias, fundações e sociedades de economia mista. Os dispositivos legais, portanto, versam sobre a legitimidade ativa das pessoas jurídicas que compõem a administração pública, tanto da administração direta como da indireta.

Era de se esperar que essas pessoas jurídicas fossem frequentes propositoras de ações coletivas, pois em uma sociedade séria supõe-se que o Estado tenha todo o interesse no respeito aos direitos transindividuais. A realidade, entretanto, não é bem essa, notando-se a presença desses sujeitos com muito maior frequência no polo passivo da demanda judicial, acusados de violação de direitos que teoricamente deveriam ser os maiores interessados em preservar[114]. De qualquer forma, sempre que pretenderam modificar esse paradoxo, terão legitimidade ativa garantida por lei.

No tocante às pessoas jurídicas de direito público da administração direta, existe interessante debate doutrinário a respeito da exigência da pertinência temática, sendo necessário se delimitar de forma correta a discussão a respeito do tema.

Para parcela da doutrina, esses sujeitos têm legitimidade ativa para defender direitos quando sua proteção se revela socialmente útil e necessária, sendo dispensável a análise concreta entre a vinculação dos interesses próprios da pessoa jurídica de direito público e o direito defendido em juízo[115]. A doutrina majoritária, entretanto, entende pela aplicação do requisito da pertinência temática para as pessoas jurídicas de direito público, ainda que da administração direta, exigindo uma ligação entre o interesse defendido em juízo e os limites territoriais de sua atuação ou suas finalidades institucionais[116].

É interessante observar que grande parte da doutrina que afirma existir a exigência de pertinência temática para os sujeitos ora analisados fundamentam seu entendimento na impossibilidade de ente público litigar na defesa de interesses que não digam respeito à sua área territorial de atuação[117]. Assim, não teria legitimidade ativa um Município para ingressar com ação coletiva que só traga benefícios a consumidores localizados em outro Município, como um Estado não teria legitimidade ativa para ingressar com ação coletiva em favor de consumidores domiciliados em outro Estado da federação.

Entendo que existe uma indevida confusão entre diferentes condições da ação. A pertinência temática exige a existência de uma relação entre o interesse da pessoa jurídica de direito público e o direito tutelado em juízo, e, nesses termos, considero que não se pode exigir tal requisito das pessoas jurídicas de direito público da administração direta. Se o objetivo final da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal é prover o bem comum, favorecendo os administrados, não parece razoável criar uma limitação no tocante à legitimação ativa nas ações coletivas. Isso não significa que, fora dos limites territoriais de sua atuação, possa se admitir a existência de interesse de agir desses sujeitos. Concordo que deva existir uma limitação territorial de atuação, mas nesse caso não vejo tal limitação decorrente da pertinência temática, matéria afeta à legitimidade, mas sim da falta de interesse de agir[118].

A distinção entre pertinência temática e limitação territorial, ainda que não decorra dos

fundamentos apresentados, não é estranha à parcela da doutrina que entende corretamente pela ausência da exigência da pertinência temática e pela existência de uma limitação territorial para a atuação das pessoas jurídicas de direito público[119]. Há, inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido[120].

No tocante às pessoas jurídicas – públicas ou privadas – que compõem a administração indireta, entendo que, se seus objetivos imediatos são direcionados para determinadas áreas, o que delimita sua esfera de atuação dentro do poder público, é natural que se exija não só a vinculação ao território de sua atuação, como também a pertinência temática[121]. Não teria muito sentido, por exemplo, admitir que uma empresa pública federal voltada à exploração do petróleo do pré-sal ingresse com ação coletiva buscando a tutela de consumidores bancários.

Conforme já tive a oportunidade de defender, quando da análise da legitimidade ativa da Defensoria Pública, entendo que o disposto no art. 82, III da Lei 8.078/1990 (CDC), ao prever a legitimidade das entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica, seja aplicável para todas as espécies de direitos coletivos *lato sensu*. Por essa razão, parece aceitável a legitimação ativa do PROCON, que, apesar de não ter personalidade jurídica própria, tem personalidade judiciária, o que já é o suficiente para admiti-lo no rol dos legitimados ativos de ações coletivas.

Por fim, cumpre ressaltar que essas pessoas jurídicas da administração pública, sempre que se valerem de uma ação coletiva, não estarão em juízo em nome próprio na defesa de interesse próprio. Significa que, sendo ordinária a legitimação dessa pessoa jurídica, ou seja, estando em juízo em nome próprio na defesa de interesse próprio, a ação será individual, e, nesse caso, o postulante não terá os benefícios concedidos ao autor de uma ação coletiva.

11.4.5. Associação

11.4.5.1. *Introdução*

A legitimidade ativa da associação está consagrada no art. 5.º, V, da Lei 7.347/1985 e no art. 82, IV da Lei 8.078/1990, sendo entendimento corrente na doutrina e jurisprudência a legitimação das associações para todas as espécies de direitos tutelados no microssistema coletivo. Dessa forma, poderão propor ações coletivas na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ainda que seja mais comum sua atuação nos dois últimos casos.

Existem três requisitos cumulativos exigidos pelos arts. 5.º, V, *a* e *b* da Lei 7.347/1985 e art. 82, IV, da Lei 8.078/1990: (a) constituição nos termos da lei civil; (b) existência jurídica há pelo menos um ano; (c) pertinência temática.

11.4.5.2. *Constituição há pelo menos um ano*

Os dois primeiros requisitos são tratados como se fossem um só, quando na realidade são requisitos diferentes, mas a existência de um depende inexoravelmente do preenchimento do outro. Significa que, antes de tudo, a associação deve ser devidamente registrada perante o órgão

responsável (Registro Civil de Pessoas Jurídicas, nos termos do art. 45 do CC e arts. 114 e 119 da LRP), de forma que uma associação sem o devido registro cartorial não poderá jamais propor ação coletiva. Conforme ensina a melhor doutrina, a exigência legal tem como objetivo evitar a constituição oportunista de associações com o propósito exclusivo de propor determinadas ações coletivas[122].

O prazo de pelo menos um ano, exigido da constituição da associação para permitir seu ingresso com ação coletiva é contado dessa constituição jurídica, perfeita e acabada. Registre-se a acertada opinião doutrinária no sentido de que, excepcionalmente, essa condição da ação passe a existir durante o processo, não havendo sentido na extinção do processo, por carência da ação, se no momento de análise das condições da ação já tiver transcorrido um ano da constituição da associação, condição que não estava preenchida no momento da propositura da demanda. Seja em aplicação do art. 462 do CPC[123], seja em respeito aos princípios da economia processual e efetividade da jurisdição, como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça[124], essa excepcional forma de legitimação superveniente deve realmente ser admitida.

A exigência de existência jurídica há pelo menos um ano, entretanto, pode ser excepcionada, nos termos dos arts. 5.º, § 4º, da LACP, e 82, § 1°, do CDC[125]. Aparentemente são dois requisitos alternativos que justificam a legitimidade ativa de associação com menos de um ano de existência jurídica.

O primeiro requisito é o manifesto interesse social que envolva a causa, que seria evidenciado, segundo os dispositivos legais ora comentados, pela dimensão ou característica do dano. Provavelmente por considerar que toda e qualquer ação coletiva contém um manifesto interesse social, o legislador achou por bem qualificar tal circunstância, valendo-se, para tanto, de conceitos jurídicos abertos e indeterminados. O que efetivamente deve se compreender por dimensão e características do dano?

Tudo leva a crer que o legislador tenha considerado o aspecto subjetivo e objetivo do dano suportado para justificar a exceção à regra legal ora analisada.

A dimensão do dano, portanto, diz respeito ao número de sujeitos que o suportam, e o legislador deu a entender que danos coletivos de menor extensão, porque limitados a pequeno grupo de pessoas e/ou a poucos indivíduos, não justificariam a exceção ora analisada. Por esse raciocínio, todo direito difuso justificaria a aplicação dos arts. 5º, § 4º, da LACP, e 82, § 1.º, do CDC, considerando sua titularidade pela coletividade. A análise restaria limitada aos direitos coletivos e individuais homogêneos.

A característica do dano como requisito legitimador da exclusão da exigência legal ora analisada diz respeito ao aspecto objetivo do dano, parecendo o legislador ter criado uma gradação de danos, de forma que apenas naqueles mais sérios as associações poderiam litigar mesmo antes de existirem juridicamente por um ano. Novamente, nas hipóteses de direitos difusos, dada a indisponibilidade do direito, será difícil criar qualquer tipo de gradação de dano. O que é pior, a poluição de um rio (violação do meio ambiente) ou a destruição de um prédio do século XVIII (patrimônio histórico e cultural)? Somente nos direitos coletivos e individuais homogêneos seria possível estabelecer uma gradação de relevância, ainda assim com alguma dificuldade.

O segundo requisito previsto pelos arts. 5º, § 4º, da LACP, e 82, § 1º, do CDC é a relevância do

bem jurídico a ser protegido que serve para demandas que não versam sobre dano. Ainda que sem a natureza reparatória própria do primeiro requisito, o legislador, ao indicar a relevância do bem jurídico a ser tutelado, cria uma gradação de relevância entre os bens da vida que podem ser tutelados por meio da ação coletiva, permitindo a legitimidade de associação com menos de um ano de existência jurídica somente naqueles de maior importância e/ou relevância social. Novamente, e pelas mesmas razões já expostas, o requisito deve ficar limitado aos direitos coletivos e individuais homogêneos.

11.4.5.3. *Pertinência temática*

O terceiro requisito exigido para a legitimidade ativa das associações é a chamada "pertinência temática", significando que deva existir uma vinculação entre as finalidades institucionais da associação, consagradas em seu estatuto social, e a espécie de bem jurídico tutelado em sede de ação coletiva.

Segundo a melhor doutrina, o estatuto da associação não precisa de um grau de especialidade que limite demasiadamente a sua atuação como autora de ações coletivas, de forma que uma previsão genérica, desde que relacionada, ainda que de maneira indireta, com o objeto da demanda, já é suficiente. O que não se admite, por exemplo, é que uma associação, voltada à defesa do consumidor, queira discutir em juízo a violação ao patrimônio cultural, ou uma associação voltada à defesa do meio ambiente queira defender em juízo um direito difuso à saúde pública.

Aparentemente, o requisito da pertinência temática foi o mais próximo que o legislador brasileiro chegou da chamada "representação adequada", analisada no próximo tópico. Presume que, ao ter em seus estatutos a expressa previsão – ainda que genérica – da defesa do direito coletivo *lato sensu*, a associação será o representante adequado para sua defesa em juízo em uma ação coletiva.

11.4.5.4. *Representação adequada (adequacy of representantion)*

11.4.5.4.1. Introdução

O tema da representação adequada como requisito de admissibilidade da ação coletiva, intimamente relacionado à legitimidade ativa, é tema que suscita intenso e interessante debate doutrinário e jurisprudencial. Entendo que o tema é por vezes tratado sem o apuro técnico devido, o que leva o intérprete a um estado de confusão e incerteza que poderia ser evitado, ou ao menos minimizado.

A doutrina nacional parece concordar que o instituto da representação adequada pode se dar de duas formas distintas: *ope iudicis* e *ope legis*. Tradicionalmente associa-se a primeira forma aos sistemas jurídicos de países da *common law* e o segundo aos sistemas jurídicos dos países da *civil law*. No primeiro caso, caberá ao juiz a análise, no caso concreto, da adequada representação dos interesses em jogo pelo autor que pretende conduzir uma ação coletiva, enquanto no segundo caso caberia ao legislador, de forma abstrata, determinar quais são os requisitos para se determinarem quais sujeitos têm condições de assumir o polo ativo de uma ação coletiva.

11.4.5.4.2. Sistema *ope iudicis* (sistema da *common law*)

Nos países do sistema da *common law*, em especial nos Estados Unidos, a representação adequada é uma das mais importantes causas de admissibilidade da ação coletiva, considerando-se que a coisa julgada dessa ação atingirá sujeitos que não participarão do processo, independentemente de seu resultado (*pro et contra*). Diante dessa realidade, o devido processo legal seria violado se o autor da ação coletiva não demonstrasse concretamente ter efetivas condições de exercer a melhor e mais completa defesa que o direito poderia ter em juízo[126].

O raciocínio é até certo ponto simples: como os sujeitos que compõem a coletividade ou comunidade serão atingidos sem o direito a participarem do processo coletivo em contraditório, deve se assegurar que sejam "ouvidos" por meio do autor, que só terá condições de se tornar esse verdadeiro "porta-voz" dos indivíduos se demonstrar concretamente estar plenamente apto a fazer a defesa do direito da forma mais perfeita e irrepreensível possível.

Segundo precisas lições doutrinárias, a representação adequada, nesse caso, além de evitar colusões entre as partes, assegura que o resultado obtido por meio do processo coletivo seja o mesmo que teria sido obtido por meio de processos individuais, dos quais os indivíduos teriam participado na plenitude do contraditório e da ampla defesa[127]. É dizer que, apesar dos indivíduos não terem participado do processo coletivo, sua participação teria sido inútil e desnecessária, já que o resultado seria o mesmo.

Na representação adequada, presente nos países que fazem parte da família da *common law*, cabe ao juiz a análise concreta de elementos que indiquem as efetivas e reais condições de o autor cumprir seu papel como dele se espera. A depender do país de origem, variam os fatores relevantes a serem analisados pelo juiz, ainda que existam alguns fatores que podem ser considerados comuns: as condições do autor e de seu advogado, a eventual existência de conflito entre o autor e/ou advogado e membros do grupo, a capacidade econômica, a especialidade do advogado.

Independentemente dos fatores considerados no caso concreto, um sistema de representação adequada, como o existente nos Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e País de Gales, exige do juiz uma análise concreta para a aferição da capacidade não só de representação dos sujeitos que compõem o grupo, mas também de sua efetiva capacidade de boa condução do processo, de seu preparo e disposição para encarar o processo coletivo.

11.4.5.4.3. Sistema *ope legis* (*civil law*)

Segundo lições doutrinárias, nos sistemas jurídicos dos países da *civil law*, a representação adequada dos autores das ações coletivas segue uma regra legal, tratando-se, portanto, de um sistema *ope legis*. Nesse entendimento, caberá ao legislador a previsão dos requisitos necessários para que se admita um sujeito no polo ativo do processo coletivo, cabendo ao juiz tão somente a análise do preenchimento ou não de tais requisitos no caso concreto. Há, portanto, uma presunção legal absoluta de quais sejam os representantes adequados, ao que deve se conformar o juiz no caso concreto[128].

Ainda que existam exceções, tais como o Uruguai, Argentina e Paraguai (nossos parceiros no Mercosul), que permitem ao juiz a aferição da representatividade adequada no caso concreto[129], no Brasil a doutrina majoritária entende que ao juiz cabe somente analisar os requisitos já previamente

consagrados em lei, não podendo partir para uma análise no caso concreto das efetivas condições para a melhor condução do processo do legitimado que preencheu tais requisitos[130]. Na hipótese das associações, por exemplo, bastará a existência jurídica por mais de um ano e a pertinência temática[131], sendo irrelevante qualquer outra consideração a respeito da real capacidade do legitimado de defender de forma plena e exauriente o direito coletivo *lato sensu*.

Os críticos a esse sistema de aferição da representação adequada afirmam que, sem a possibilidade de análise das efetivas condições do autor da ação coletiva no caso concreto, permite-se a existência de processos coletivos propostos por autores despreparados, desmotivados, diretamente interessados em determinado resultado que pode não ser o melhor para todos, e por vezes até imbuídos de má-fé[132]. Esses defeitos que estariam sendo admitidos pelo sistema *ope legis*, adotado no Brasil, frustrariam os objetivos da tutela coletiva, permitindo que o resultado do processo coletivo não represente o resultado possível se o autor tivesse outros atributos.

É interessante notar que os defensores do sistema atual adotado no direito brasileiro se valem de alguns fundamentos, rebatidos de forma quase apaixonada pelos críticos de tal sistema.

Primeiro argumento amplamente utilizado é a especial maneira de formação da coisa julgada material na tutela coletiva. Conforme analisado no item 11.6, a coisa julgada coletiva só vincula os indivíduos se os beneficiar, não havendo sua vinculação quando o resultado do processo coletivo for negativo. Pelo sistema da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, uma eventual condução deficitária do processo coletivo jamais seria capaz de afetar os indivíduos, que, mesmo diante do insucesso do processo coletivo, poderiam obter tutela jurisdicional em ações individuais.

Concordo com as críticas lançadas a tal argumento, porque, se é verdade que os indivíduos não são prejudicados como titulares de direitos individuais correlatos ao direito coletivo *lato sensu* discutido no processo coletivo, não há maiores dúvidas de que o serão como membros da coletividade ou de uma comunidade. Diferentemente do que entende grande parte da doutrina, a sentença de improcedência do processo coletivo faz coisa julgada material, só sendo admitida sua repropositura na hipótese de prova nova em razão da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Pior ainda no direito individual homogêneo, em que a coisa julgada material se opera de forma tradicional, *pro et contra* e independentemente da motivação da decisão.

Significa que, uma vez conduzido o processo coletivo de forma precária ou tendenciosa pelo autor, e sendo julgado improcedente o pedido, se o problema não tiver sido a ausência de provas, a decisão tornar-se-á imutável e indiscutível, de forma que aquele direito difuso ou coletivo que foi objeto do processo jamais poderá ser tutelado[133]. Esse é um sacrifício que não pode ser simplesmente ignorado, ainda que diante das diferentes técnicas de formação da coisa julgada aplicáveis na tutela coletiva brasileira.

Por outro lado, argumenta-se que a presença indispensável do Ministério Público, seja como autor ou como fiscal da lei, impede que o autor conduza o processo de forma desidiosa ou tendenciosa. Concordo com essa tese, e acredito realmente que a exigência legal de presença obrigatória de um órgão tão sério, aparelhado e especializado na defesa da tutela coletiva seja uma salvaguarda interessante no tocante a garantir a efetiva atuação judicial em prol do direito defendido no processo coletivo.

Há, entretanto, restrições. Na ação popular, por exemplo, o Ministério Público só pode assumir o

polo ativo na hipótese de desistência ou abandono do processo pelo autor popular. Também nos direitos individuais homogêneos haverá limitações no tocante à legitimação ativa do Ministério Público, que só poderá atuar nas hipóteses de direito indisponível ou de direito disponível com repercussão social. Nesses dois casos, o Ministério Público será obrigado a participar como mero fiscal da lei, e mesmo que sua atuação seja relevante para uma prestação jurisdicional de melhor qualidade, sempre sofrerá algumas limitações postulatórias.

Por fim, os poderes do juiz no processo coletivo são aguçados, exigindo-se do magistrado uma atuação ativa e vigilante para que eventual descompromisso ou má-fé do autor não seja determinante no resultado do processo. Ainda que se louve o ideal de juiz mais ativo e preocupado com a qualidade de sua prestação jurisdicional, é preciso reconhecer que existem limitações a essa atuação, até porque o volume de trabalho de nossos magistrados, atualmente, é muito elevado, o que dificulta a atenção que se pretende exigir. Por outro lado, o sistema processual continua, mesmo no processo coletivo, a ser misto, mas com preponderância do dispositivo, de forma que a vontade do autor ainda tem muita relevância na condução do processo.

11.4.5.4.4. Situação atual no Brasil

A doutrina nacional se divide nitidamente em dois grupos no tocante à representatividade adequada. Um primeiro grupo entende que o sistema adotado *é ope legis*, não cabendo, portanto, ao juiz analisar no caso concreto a efetiva condição/disposição do autor em conduzir o processo coletivo[134]. Esse grupo se divide em duas correntes: (i) os que entendem que o sistema adotado por nosso legislador é o ideal, e (ii) os que consideram que, *de lege ferenda*, o ideal seria modificar a lei para a adoção do sistema *ope iudicis*. E há um segundo grupo que entende que o sistema atual já admite a conclusão pela aferição *ope iudicis* da representação adequada[135], afirmando que a presunção legal de adequação na representação prevista em lei é apenas relativa, sendo, portanto, admissível a produção de prova em sentido contrário[136].

Sou partidário da segunda corrente doutrinária do primeiro grupo, porque entendo que o controle da adequada representação do autor da ação coletiva evitaria processos coletivos sem condições de tutelar o direito defendido, que atualmente sobrevivem em manifesto atentado aos princípios da economia processual e segurança jurídica. E ainda evitaria a pluralidade de processos coletivos que versam sobre o mesmo tema, em muitos casos propostos por autores sem qualquer condição para uma boa condução do processo.

Por outro lado, é preciso lembrar que, mesmo nos sistemas de controle *ope iudicis*, a eventual constatação de que o autor não tem efetivamente condições de melhor tutelar o direito discutido, ainda que posterior ao encerramento do processo, afasta a vinculação dos membros do grupo ao resultado negativo (*collateral attack*). Na realidade, como bem lembra a melhor doutrina, a representação adequada no sistema da *common law* não é somente um requisito de admissibilidade da ação coletiva, limitada ao ingresso do processo, porque essa matéria não preclui, podendo o juiz extinguir o processo por inadequação da representação a qualquer momento, seja por fato superveniente ou pela constatação de ter sido enganosa a percepção prévia sobre a adequação da representação[137].

Atualmente, com a justificativa da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, não há

maiores preocupações com a perda de energia, tempo e dinheiro de um processo coletivo fadado ao insucesso em razão do despreparo e/ou má-fé do autor. No sistema sugerido, o sujeito continuaria a poder discutir em ação individual seu direito, mesmo diante do insucesso de uma ação coletiva, mas como a adequação da representação passaria a ser analisada em concreto, as chances de isso ocorrer seriam bem menores, o que poderia até mesmo servir de desestímulo à propositura de ações individuais. Atualmente, independentemente da defesa do direito realizada pelo autor da ação coletiva, o direito individual não suporta o seu insucesso, não existindo qualquer razão para que o indivíduo deixe de ingressar com ação individual na busca da tutela de seu direito.

Só entendo que esse não é o sistema adotado pelo legislador pátrio e que, por isso, somente uma mudança legislativa permitiria sua adoção[138]. E não faltaram tentativas para que se chegasse a esse objetivo. Tanto no Projeto de Lei do Código de Processo Civil Coletivo, como no de mudança da ação civil pública, estava consagrada a representação adequada *ope iudicis*, mas nenhum desses projetos vingou no Congresso Nacional. No mesmo sentido o art. 3.º do Código Modelo da Ibero-América.

11.4.6. Defensoria Pública

Pela Lei 11.448, de 15.01.2007, com a alteração do art. 5º, II, da Lei 7.347/1985 (LACP), houve a expressa inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados à propositura da ação coletiva. Antes de analisar a norma legal propriamente dita, é preciso fazer uma exposição, ainda que breve, da participação da Defensoria Pública no âmbito das ações coletivas antes da Lei 11.448/2007.

É necessário reconhecer que, mesmo antes dessa previsão legal, a Defensoria Pública já participava de ações coletivas. Parece não haver maiores dúvidas a respeito de sua legitimidade como mero assistente judicial de associação que funcionaria como autora da ação coletiva. Como se pode notar com relativa facilidade, nessa circunstância a Defensoria Pública não compõe o polo ativo da ação coletiva, servindo simplesmente como assistente judicial de pessoa jurídica legitimada expressamente em lei para a propositura de tal espécie de ação.

Ainda que não seja parte na ação coletiva, a mera atuação da Defensoria Pública já é o suficiente para suscitar relevante questionamento: auxiliando judicialmente o autor da ação coletiva, deverá ser demonstrada sua situação de carência econômica, inviabilizadora da atuação em proteção do direito transindividual? Importante lembrar que, apesar da gratuidade existente para os autores das ações coletivas, é necessária a presença de agente com capacidade postulatória, de preferência experimentado, o que nem sempre pode ser obtido pelas associações menos organizadas.

O mesmo se pode dizer da ação popular, na qual o cidadão pobre pode não ter condições de contratar um advogado. Apesar da extrema improbabilidade de tal circunstância, é possível se imaginar a presença da Defensoria Pública como assistente judicial do autor da ação popular. Contudo, se o réu tivesse condições de arcar com a contratação do advogado, ainda assim poderia a Defensoria Pública atuar na qualidade de assistente judicial?

Para parcela doutrinária, a comprovação da hipossuficiência econômica do autor é indispensável, devendo ser compreendida essa atuação da Defensoria Pública dentro de sua função típica de proteção ao economicamente necessitado. Outra parcela doutrinária entende que essa

comprovação é dispensada, até porque a defesa em juízo não se dá para tutela de interesse do autor da ação coletiva, mas sim da coletividade ou de um grupo, classe ou categoria de pessoas[139].

Quanto ao tema, existe ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 558/RJ) pendente de julgamento desde 1991 no Supremo Tribunal Federal. Ainda que haja uma decisão liminar proferida pelo Plenário, a significativa modificação da composição do tribunal torna irrelevante tal decisão em termos de prognóstico do posicionamento a ser adotado no julgamento definitivo da ação, que já se encontra com o terceiro relator (começou com o Min. Sepúlveda Pertence, passou em 13.06.2002 para a Min. Ellen Gracie, e, em 24.06.2006, para a Min. Carmen Lucia).

Por outro lado, apesar de certa divergência, aos órgãos especializados criados pela Defensoria Pública já vinha se reconhecendo a legitimidade para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos dos consumidores[140], ainda que não se possa afirmar que a aceitação era tranquila, existindo inclusive decisões do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário[141], apesar de notadamente em menor número.

Apesar da divergência, entendo que a legitimidade ora analisada está amparada na previsão contida no art. 82, III, do CDC, que ao prever a legitimidade ativa inclui expressamente órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica[142]. Além dessa expressa previsão legal, a referida legitimação encontra amparo também nos arts. 6º, VIII (princípio da facilitação da defesa dos consumidores), e 83 (princípio da instrumentalidade máxima do processo do consumidor), ambos do CDC[143], e no art. 4º, XI, da LC 80/1994[144].

Ainda que a Defensoria Pública, mesmo sem expressa previsão legal, já viesse ingressando com ações coletivas antes da Lei 11.448/2007, sua inclusão no rol de legitimados ativos foi um marco expressivo em termos de aperfeiçoamento da proteção jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*. O tema, entretanto, está longe de pacificação, havendo inclusive uma ação direta de inconstitucionalidade, apresentada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (ADIn 3.943), pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Nessa ação direta de inconstitucionalidade há uma cumulação de pedidos na forma subsidiária. Como pedido principal, a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei 7.347/1985 (LACP), com redução de texto e, subsidiariamente, em interpretação conforme o texto constitucional, que seja declarada a ilegitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas que tenham como objeto direitos difusos, limitando sua atuação às ações coletivas cujo objeto sejam os direitos coletivos e individuais homogêneos vinculados a carentes econômicos.

Entendo que a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto é algo absolutamente improvável, pois os argumentos utilizados na ação direta de inconstitucionalidade mencionada não merecem prosperar. A alegada violação aos arts. 5º, LXXIV, e 134, ambos da CF, tenta retirar do texto constitucional algo que dificilmente ele quis dizer. A defesa dos necessitados, prevista pelo art. 134 da CF, "na forma do art. 5º, LXXIV", da CF, que prevê a "assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", não deve ser interpretada restritivamente, limitando-se àqueles que individualmente comprovarem o estado de carência financeira.

Ainda que se exija no caso concreto a comprovação de hipossuficiência econômica, certamente ela não precisará ser feita individualmente, o que já seria o suficiente para legitimar a Defensoria Pública a litigar em nome próprio na defesa de grupo, classe ou categoria de pessoas com notória

carência financeira[145].

Ações coletivas, como a proposta pela Defensoria Pública de São Paulo na defesa de interesse dos moradores do Jardim Pantanal, o qual ficou mais de dois meses submerso em lodo e lama em razão de chuvas torrenciais, naturalmente atendem à exigência constitucional, pois se supõe que, se as pessoas não fossem economicamente necessitadas, não residiriam em local frequentemente castigado pelas chuvas. Diga-se o mesmo da ação coletiva proposta pela Defensoria Pública da União em Belém, na defesa coletiva de crianças e adolescentes que vivem em situação de risco nas ruas da cidade[146].

Como pedido subsidiário da ação ora analisada, consta a pretensão de interpretação conforme a Constituição para que a Defensoria Pública só tenha legitimidade para a defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos, sempre com vinculação à hipossuficiência econômica dos beneficiados[147]. Esse pedido é mais interessante porque toca, ainda que indiretamente, no ponto principal da legitimidade da Defensoria Pública: existirá para ela a chamada "pertinência temática"? E, havendo, em que termos será exigida?

Como parece absolutamente improvável a declaração de inconstitucionalidade com redução do texto pelo Supremo Tribunal Federal, o que inclusive contrariaria jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça antes mesmo do advento da norma impugnada, a questão a ser efetivamente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal é a eventual limitação da atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.

Para que se possa analisar a existência ou não de pertinência temática a limitar a atuação da Defensoria Pública no polo ativo das ações coletivas, é preciso compreender claramente quais suas funções institucionais.

É tradicional na doutrina a divisão da função da Defensoria Pública em típica e atípica. Existe unanimidade em apontar como função típica a defesa dos interesses dos economicamente necessitados, existindo certa divergência no que viria a ser sua função atípica. Essas divergências são mais de forma do que de conteúdo, pois, atinentes à forma de classificação dessa função, mas ainda assim merecem breves comentários.

Para parcela da doutrina, qualquer atuação que, apesar de permitida por previsão legal, não seja em defesa do economicamente necessitado representa uma atuação atípica[148]. São clássicos exemplos dessa atuação atípica a defesa de acusados no processo penal (art. 4º, XIV e XV, da LC 80/1994), com amparo nos arts. 261 e 263 do CPP, e a curadoria especial nas hipóteses previstas no art. 9º, II, do CPC e admitida expressamente pelo art. 4º, XVI, da LC 80/1994.

Em ambos os casos mencionados a condição econômica do sujeito tutelado pela Defensoria Pública é irrelevante, pois são outras as razões que determinam sua participação no processo. Uma eventual legitimidade ativa da Defensoria Pública absolutamente dissociada da hipossuficiência econômica seria possível, portanto, em razão de suas funções atípicas.

Outra parcela da doutrina, ao especificar a função atípica desenvolvida pela Defensoria Pública, a divide em duas espécies: defesa do hipossuficiente jurídico e do hipossuficiente organizacional, o que se obtém por meio do alargamento do conceito de necessitados, alvo constitucional de tutela nos termos do art. 134 da CF.

Alarga-se o conceito de necessitados para, além dos tradicionais carentes de recursos

econômicos, incluírem-se também os necessitados jurídicos, no sentido de que caberia à Defensoria Pública, quando previsto em lei, garantir a determinados sujeitos, independentemente de sua condição econômica, o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório[149]. Costuma-se indicar como exemplos as já citadas atuações em defesa do réu no processo penal e da curadoria especial exercida no processo civil.

Também se incluem entre os necessitados aqueles que têm real dificuldade de se organizar para defenderem seus direitos em juízo e fora dele. Nesse caso, passa-se a falar em necessitados organizacionais, hipossuficiência derivada da vulnerabilidade das pessoas em face das relações complexas existentes na sociedade contemporânea, com especial ênfase aos conflitos próprios da sociedade de massa atual[150]. Derivaria dessa função atípica a legitimação da Defensoria Pública nas ações coletivas.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública em tema referente ao direito de educação, afirmando expressamente que ela pode tutelar qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, considerando que sua legitimidade não se determina por critérios objetivos, ou seja, pelas características ou perfil do objeto de tutela, mas por critérios subjetivos, isto é, pela natureza ou *status* dos sujeitos protegidos, que são os necessitados[151].

A tese, entretanto, não é pacífica, existindo doutrina que, em algum grau, continua a vincular a atuação da Defensoria Pública ao necessitado econômico, ainda que no âmbito da tutela coletiva[152], enquanto outra parcela entende que a legitimação, em razão do art. 134 da CF, nunca será tão ampla como a do Ministério Público[153].

Interessante constatar que, em voto vencido proferido no julgamento do Recurso Especial 912.849/RS, o Ministro Teori Albino Zavascki, seguindo entendimento do relator da apelação no caso concreto, curiosamente o processualista Araken de Assis, entendeu pela legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos individuais homogêneos dos consumidores, limitando a proteção jurisdicional obtida somente àqueles que demonstrassem individualmente, em fase de execução, sua condição de economicamente necessitados.

Apesar de solução que parece, à primeira vista, lógica, admitindo-se a legitimidade ativa de forma irrestrita, sem a necessidade de análise prévia da condição econômica dos beneficiados pela tutela jurisdicional, que seria realizada somente no momento de execução dessa tutela, o entendimento contraria o espírito da tutela coletiva. Como bem demonstrado por abalizada doutrina, essa limitação subjetiva pretendida pelo entendimento ora examinado exigiria dos consumidores, que não são economicamente hipossuficientes, a propositura de nova ação – coletiva ou individual –, o que contraria os princípios da economia processual e da harmonização dos julgados[154].

Ademais, o entendimento mistura indevidamente a questão de legitimidade e da eficácia subjetiva da coisa julgada coletiva, sendo irrelevante para a determinação dos beneficiados quem foi o autor da ação coletiva[155]. Se assim não fosse, ação coletiva movida por associação de defesa dos consumidores não poderia beneficiar individualmente sujeito não considerado tecnicamente consumidor, o que evidentemente não acontece nem deve ocorrer.

A limitação da defesa exclusiva de hipossuficientes econômicos no âmbito da tutela dos direitos difusos e coletivos seria ainda mais dramática para a Defensoria Pública, em razão da

indivisibilidade desses direitos. No tocante à tutela de direito difuso, o art. 5º, II, da Lei 7.347/1985 (LACP) seria inaplicável, considerando-se que na coletividade tutelada nessa espécie de direito sempre haverá sujeitos não carentes do ponto de vista econômico[156]. Resumindo, a coletividade perderia mais um legitimado – em algumas localidades extremamente organizado e especializado – na defesa de seus direitos difusos em juízo.

No tocante à tutela de direito coletivo, o drama não seria menor, porque, apesar de existirem grupos, classes e categorias de pessoas formadas exclusivamente de hipossuficientes econômicos, haveria insuperável dificuldade na identificação não só de todos os sujeitos que compõem esse grupo, classe ou categoria, como também seria extremamente difícil a comprovação da carência econômica de todos eles. Note-se que, nesse caso, sendo indivisível o direito, não se admitiria que essa identificação e comprovação fossem reservadas ao momento da execução, pois seria impossível a decisão favorecer somente parcela do grupo, classe ou categoria.

Entendo que a tese da hipossuficiência organizacional é a única apta a dar à Defensoria Pública uma legitimidade condizente com seu *status* constitucional e melhor atender à expectativa do jurisdicionado de ter aumentadas as formas de proteção jurisdicional. Ademais, nos termos do art. 4º, VII, da Lei Complementar 80/1994 (alterada pela LC 132/2009), a Defensoria Pública pode promover ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo a interpretação de "necessitados", ora defendida, a única capaz de fazer cumprir concretamente o regramento legal.

Por outro lado, os demais legitimados não devem temer a atuação da Defensoria Pública, e sim reconhecê-la como mais um parceiro na busca da mais efetiva possível tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seja como for, tudo dependerá da palavra final do Supremo Tribunal Federal, o que, infelizmente, não tem data prevista para ocorrer.

Registre-se nesse momento importante julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional norma estadual gaúcha que atribuía à Defensoria Pública estadual a tarefa de defender em juízo servidores públicos processados civil e criminalmente por atos praticados no exercício de suas funções[157]. A relevância do julgado é notada na discussão entre os Ministros, quando se constata uma forte tendência à limitação da atuação da Defensoria Pública à defesa dos economicamente necessitados, inclusive aventando-se que eventual desvirtuamento dessa função, constitucionalmente prevista, poderia prejudicar ainda mais os trabalhos já deficitários, em decorrência da estrutura precária, das Defensorias Públicas.

Ainda que o julgamento não seja plenamente aplicável à discussão envolvendo a legitimidade da Defensoria Pública em ações coletivas em razão de outras espécies de hipossuficiência, que não a econômica, considerando-se que a norma tida como inconstitucional determinava a defesa individual dos servidos públicos em juízo, é interessante notar a preocupação dos Ministros com o exercício de uma função pela Defensoria Pública que não seja a defesa do carente econômico, servindo-se inclusive do texto constitucional para chegar a tal conclusão.

A par da discussão a respeito da extensão da legitimidade ativa da Defensoria Pública na tutela coletiva, o reconhecimento de sua legitimação traz algumas interessantes consequências, tais como a possibilidade de formação de um litisconsórcio ativo entre Defensorias Públicas, por aplicação extensiva do art. 5º, § 5º, da Lei 7.347/1985 (LACP)[158]. Também se admite que a Defensoria Pública, órgão público que é, celebre compromisso de ajustamento de conduta, nos termos do art. 5º, § 6º, da

Lei 7.347/1985 (LACP)[159]. Não terá, entretanto, legitimidade para conduzir inquérito civil, atuação privativa do Ministério Público (art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/1985), também faltando legitimidade à Defensoria Pública na propositura da ação popular, que continua exclusiva do cidadão (art. 1º, *caput*, da Lei 4.717/1965), e da ação de improbidade administrativa (art. 17, *caput*, da Lei 8.429/1992)[160].

11.5. RELAÇÃO ENTRE A AÇÃO COLETIVA E A INDIVIDUAL

11.5.1. Introdução

A pendência de ação coletiva que possa vir a favorecer o consumidor não impede a propositura de uma ação individual, por meio da qual o consumidor busque a tutela de seu direito individual. Por outro lado, é possível que no momento de propositura da ação coletiva já existam ações individuais em trâmite. Questiona-se: como a ação individual de autor que poderá vir a se beneficiar pelo julgamento da ação coletiva será afetada em razão da existência dessa ação de natureza coletiva?

11.5.2. Litispendência

O tema é tratado pelo art. 104 do CDC, que consagra no ordenamento pátrio regras procedimentais típicas do direito norte-americano, como o *fair notice* e o *right to opt out*. A previsão de que as ações coletivas não induzem a litispendência para as ações individuais é até mesmo desnecessária, considerando-se a evidente diferença dos elementos dessas duas espécies de ação. Apesar de o artigo mencionar apenas as ações coletivas previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, que incluiria somente os direitos difusos e coletivos, é pacífica na doutrina sua aplicação também para o direito individual homogêneo previsto no art. 81, parágrafo único, III, do CDC.

O termo "litispendência" é equívoco, e pode significar pendência da causa (que começa a existir quando de sua propositura e se encerra com sua extinção) ou pressuposto processual negativo verificado na concomitância de processos idênticos (com a mesma ação). Parece indiscutível que o dispositivo legal ora comentado se valeu do termo em seu segundo significado, prevendo que a existência de uma ação coletiva não gerará a extinção das ações individuais, ainda que seu autor possa se beneficiar da futura e eventual vitória na demanda coletiva.

Na hipótese de direito difuso e coletivo, é fácil constatar a inexistência de litispendência entre a ação coletiva e a ação individual em razão da diferença de partes em ambas as ações. Importante salientar que nessa análise entre diferentes processos deve-se considerar a parte no sentido material, e não no sentido processual, de forma que, havendo substituição processual em hipótese de legitimação extraordinária concorrente, a propositura de novo processo com a mesma parte contrária, mesma causa de pedir e mesmo pedido, ainda que com outra parte processual defendendo o mesmo direito já defendido anteriormente, não afasta a existência de litispendência.

Na comparação entre ações coletivas em que se busca tutelar direitos difusos e coletivos, a parte material será sempre a coletividade no primeiro caso e uma comunidade (grupo, classe ou categoria

de pessoas) em outro, e na ação individual será sempre o indivíduo. Essa diferença de titularidade do direito já é o suficiente para se concluir pela inexistência de litispendência, nos termos do art. 104 do CDC. Ainda que desinteressante para fins de comparação de ações, as partes processuais que comporão o polo ativo também serão diferentes.

Quando a ação coletiva tiver como objeto um direito individual homogêneo, também haverá uma diferença de parte, ainda que parcial. Considerando que o direito individual homogêneo é a soma de direitos individuais, o titular será cada um dos indivíduos titulares dos direitos individuais que, somados, geram o direito processualmente considerado coletivo. Nesse caso, se existir uma ação individual, o autor será também titular do direito individual homogêneo, ainda que parcialmente. Entendo que essa diferença de parte, ainda que parcial, já seja o suficiente para que também nesse caso não exista litispendência. Por outro lado, o pedido da ação coletiva será sempre em favor de todos os titulares dos direitos individuais, ao passo que na ação individual o pedido só poderá ser feito em benefício do autor, considerando a inexistência de legitimidade para que pleiteie em juízo direitos de terceiros.

Registre-se que, mesmo para a parcela da doutrina que defende a existência de litispendência entre a ação coletiva que versa sobre direito individual homogêneo e a ação individual, a especialidade procedimental consagrada no art. 104 do CDC para a tutela coletiva impede a extinção da ação individual.

11.5.3. Conexão e continência

11.5.3.1. *Conceito*

O fenômeno da conexão vem previsto no art. 103 do CPC: "Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir", e o da continência no art. 104 do CPC: "Dá-se continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras". Da própria definição dos dois institutos processuais se percebe com clareza que a continência é uma mera espécie de conexão, considerando-se que, para que exista entre duas ou mais ações o fenômeno da continência, obrigatoriamente deverá haver a identidade de causa de pedir, o que por si só já as torna também conexas. A continência, assim, vai além da conexão, pois exige mais requisitos para se ver configurada no caso concreto.

Havendo duas ações de rescisão contratual, cada qual com uma fundamentação diferente (um contratante alega o descumprimento e o outro, onerosidade excessiva), mas em ambas sendo pedida a rescisão do contrato, haverá conexão (mesmo pedido). Da mesma forma, duas ações fundadas no mesmo contrato de locação com dois pedidos diferentes: locador pedindo o despejo e o locatário pedindo consignação em pagamento (mesma causa de pedir, ao menos em parte, o que já é o bastante, conforme veremos). Exemplo típico de continência se verifica na hipótese de existência de duas ações, em que na primeira o autor pede somente a declaração da existência da dívida e na segunda pede a condenação do réu ao seu pagamento, ou ainda a ação em que se cobram determinadas parcelas de um contrato, e outra em que se cobra o contrato integralmente.

Como se nota, a conexão e a continência são institutos processuais que somente serão compreendidos em sua integralidade com a devida noção dos elementos da ação, responsáveis por sua identificação. Assim, para que se possa analisar a existência ou não de tais fenômenos, o operador do direito deverá analisar as *partes*, *causa de pedir* e *pedido* das ações judiciais para descobrir se são totalmente idênticos, apenas parecidos ou absolutamente diferentes. A integralidade de identidade de todos os elementos ensejará os fenômenos da litispendência e da coisa julgada, fenômenos alheios ao presente estudo. A absoluta diversidade entre todos os elementos ou a identidade exclusiva das partes não gerarão qualquer efeito digno de nota, também sendo excluídas da presente análise. Restam, portanto, as demandas que contenham identidade de causa de pedir ou do pedido – parecidas, portanto.

Elucidativa lição de Moacyr Amaral Santos a respeito do tema ora versado:

> "A doutrina de Pescatore, a que nos mantemos fiéis, pois outra ainda não se construiu com argumentos suficientemente capazes de superá-la, parte da observação de que as coisas, nas suas relações lógicas, são idênticas, diversas ou análogas, conforme sejam os seus elementos constitutivos. Duas coisas são idênticas quando todos os seus elementos são os mesmos; são diversas quando todos os seus elementos diferem; são análogas quando algum ou alguns dos seus elementos são os mesmos e outro ou outros são diversos. A observação também se aplica às ações. Duas ações são idênticas quando seus elementos são os mesmos; são diversas quando diferentes são os seus elementos; são análogas quando um ou dois de seus elementos são idênticos e outro ou outros são diversos".[161]

Ainda em caráter introdutório, registre-se que a conexão é fenômeno processual que ocorrerá sempre que, entre duas ou mais demandas, houver a identidade de causa de pedir ou do pedido. Esse é o objeto do fenômeno, seu conteúdo. Não se deve confundir o fenômeno da conexão com a sua consequência, ou seja, com o seu efeito, que será a da reunião dos processos perante um só juízo para julgamento conjunto, sempre que possível. Como se sabe, o conteúdo não se confunde com o efeito, até mesmo porque o efeito de um instituto é fenômeno externo a ele, enquanto o conteúdo pertence ao seu interior. Esse esclarecimento inicial se faz necessário para que não haja indevidas confusões entre a conexão e a reunião de processos gerada pela conexão, que são fenômenos processuais diferentes.

11.5.3.2. *Identidade da causa de pedir ou pedido – integral ou parcial?*

A primeira questão digna de relevo diz respeito ao preenchimento dos requisitos previstos pelo art. 103 do CPC. Nota-se que o direito brasileiro – até mesmo em sentido contrário à tradição do fenômeno – despreza o elemento subjetivo da demanda para fins de conexão. Assim, sendo as mesmas partes, mas diferentes a causa de pedir e o pedido, não haverá conexão entre ações, somente importando para tal fim a identidade de um dos elementos objetivos (pedido ou causa de pedir). Mas essa identidade exigida pelo legislador deverá ser absoluta? Dividindo-se a causa de pedir em *próxima* e *remota* e o pedido em *mediato* e *imediato*, haverá conexão somente com a identidade parcial desses elementos ou exige-se a identidade total?

No tocante à causa de pedir, a doutrina vem entendendo bastar que um de seus elementos seja coincidente para que haja conexão entre as ações (seja dos fatos ou dos fundamentos jurídicos). Esse entendimento se coaduna com os objetivos traçados pela conexão (economia processual e harmonia entre julgados), abrangendo um número maior de situações amoldáveis ao instituto legal. Seria

perniciosa ao próprio sistema a adoção de entendimento restritivo, devido à raridade em que se verifica, na praxe forense, a situação de duas ações com pedidos diferentes e exatamente a mesma causa de pedir.

Nesse sentido as corretas lições de Humberto Theodoro Jr.:

> "A *causa petendi*, porém, nem sempre é um fato único, sendo comum encontrá-la num conjunto de fatos coligados. Assim, o autor que pede a rescisão do contrato não cumprido invoca pelo menos dois fatos relevantes: o contrato (causa remota) e o inadimplemento (causa próxima). Para haver identidade de causas, para efeito de litispendência e coisa julgada, é preciso que a *causa petendi* seja exatamente a mesma, em toda sua extensão (causa próxima e causa remota). Mas, para o simples caso de conexão, cujo objetivo é a economia processual e a vedação de decisões contraditórias, basta a coincidência parcial de elementos da causa de pedir, tal como se dá no concurso do despejo por falta de pagamento e a consignação em pagamento, em que apenas a causa remota é igual (locação)"[162].

A adoção do entendimento ampliativo pode ser notada no posicionamento jurisprudencial de nossos tribunais ao reconhecerem a conexão entre ações em que a identidade da causa de pedir não é integral: ação de consignação e ação cominatória, quando fundadas no mesmo contrato; ação de consignação em pagamento e de adjudicação compulsória; renovatória de aluguel e despejo fundado em falta de pagamento; ação de despejo e usucapião; ação voltada à entrega de móvel e a anulatória de seu título aquisitivo; execução fiscal e anulatória de débito fiscal, ação revisional de contrato de arrendamento mercantil e busca e apreensão do bem etc.[163]

Como conclusão, aplicando-se o art. 103 do CPC para determinar se existente ou não o fenômeno da conexão entre duas ou mais demandas, haverá que se fazer uma restrição inicial quanto à amplitude aparente do dispositivo legal no tocante à identidade da causa de pedir. Assim, onde se lê causa de pedir comum, entenda-se fatos ou fundamentos jurídicos do pedido comum. Parece, entretanto, que ainda assim a definição deixaria de fora algumas demandas – não muitas, é verdade – que não chegariam a preencher nem mesmo esse requisito flexibilizado, mas cuja reunião cumpriria justamente os motivos que levaram o legislador a criar o instituto e determinar sua principal consequência. Parte-se, assim, para uma análise da *ratio* da norma legal, para melhor compreender a extensão de sua aplicação prática.

11.5.3.3. *Ratio da conexão e a insuficiência do disposto no art. 103 do CPC*

Fixados os limites da identidade exigida para que se verifique conexão entre duas demandas, com a interpretação possível da redação constante no art. 103 do CPC, passa-se a analisar a razão de ser da conexão, e mais especialmente da sua consequência: a reunião de diversos processos nas mãos de um só juízo para julgamento simultâneo, sempre que possível.

A primeira e inegável vantagem aferida com o fenômeno da conexão é a de evitar que decisões conflitantes sejam proferidas por dois juízes diferentes. A existência de decisões conflitantes proferidas em demandas que tratem de situações fáticas similares é, naturalmente, motivo de descrédito ao Poder Judiciário, podendo, inclusive, gerar problemas práticos de difícil solução.

A questão das decisões conflitantes, na verdade, se divide em situações ruins e situações péssimas. Uma eventual contrariedade apenas lógica, apesar de não ser desejada, é suportada pelo ordenamento, considerando-se que ambas as decisões poderão gerar normalmente seus efeitos. Imagine-se que diversos funcionários públicos em uma posição idêntica diante de um ato

administrativo, recorram ao Poder Judiciário com diversas ações individuais. Não é difícil compreender que seria inconveniente que o Judiciário decidisse diferentemente essas demandas, protegendo alguns desses funcionários públicos e negando a prestação jurisdicional a outros. De qualquer forma, esse ainda não é o pior dos mundos, porque é possível que todas as decisões – apesar de diferentes – gerem normalmente seus efeitos.

Situação muito pior é aquela gerada por decisões conflitantes cujos efeitos práticos não podem conviver concomitantemente. Nesse caso o conflito gera consequências práticas, além de, evidentemente, também ser motivo de descrédito ao Poder Judiciário. Basta imaginar uma sentença de procedência proferida num processo de despejo por falta de pagamento e uma sentença de procedência proferida num processo de consignação de pagamento dos aluguéis que motivaram o processo de despejo (uma decisão considerando o locatário devedor, e o despejando, e outra decisão considerando quitadas as obrigações, e o mantendo no imóvel). Qual decisão deverá gerar efeitos? Afinal, o locatário sairá ou não do imóvel? É, obviamente, situação que deve ser evitada.

Por outro lado, é inegável que a reunião de duas ou mais demandas perante o mesmo juízo favorece, no mais das vezes, a efetivação do princípio da economia processual, já que os atos processuais serão praticados uma única vez, o que se mostrará mais cômodo ao próprio Poder Judiciário (funcionará somente uma estrutura – juiz, escrivão, cartorário etc.) e também às partes e terceiros que tenham obrigação de colaborar com a Justiça (p. ex., testemunhas, que só deporão uma vez). Com a prática de atos processuais que sirvam a mais de um processo, é evidente que haverá otimização do tempo e, em razão disso, respeito ao princípio da economia processual.

Nas palavras de Arruda Alvim, que expressam entendimento forte da doutrina nacional:

> "O que interessa primordialmente para uma abordagem teórica da conexão de causas é estabelecer se uma ação é ligada à outra, a ponto de a decisão de uma influir na da outra. Neste caso, os ordenamentos jurídicos preveem fórmulas para afastar a perspectiva de um conflito de decisões que poderão ser contraditórias, evitando que isto ocorra, o que traria dano evidente à atividade jurisdicional. (...) Há, em segundo lugar, um outro fundamento a recomendar a reunião de processos: é o da economia processual. Se dois processos são parcialmente idênticos, a apreciação de ambos, num só juízo, trará economia, pois as provas poderão ser produzidas uma só vez (e não em duplicata), e, ademais, a parte comum a ambos será apreciada somente uma vez, pelo mesmo juiz, e não duas vezes, por juízos diversos".[164]

A questão da economia processual, entretanto, deve ser considerada de forma secundária, seja pela maior importância no tocante à harmonização dos julgados, seja porque nem sempre a reunião de processos conexos representará a concretização de tal princípio. Tanto assim que a doutrina, quando busca a fixação de um novo requisito para que ocorra a reunião dos processos perante um mesmo juízo, para julgamento simultâneo, afirma sempre que a principal razão para que isso ocorra é a harmonização dos julgados, evitando o inegável mal-estar criado por decisões conflitantes para situações fáticas afins.

Nesse sentido já teve a oportunidade de se manifestar Luiz Fux:

> "O instituto da conexão tem, assim, como sua maior razão de ser, que evitar o risco das decisões inconciliáveis, por isso, a reunião das ações é imperativa. Por esse motivo, diz-se também que são conexas duas ou mais ações quando, em sendo julgadas separadamente, podem gerar decisões inconciliáveis sob o ângulo lógico e prático"[165].

Os dois fundamentos que ensejam a reunião dos processos em razão de conexão – embora em

diferentes graus de importância – estão intimamente ligados a razões de ordem pública, posto interessar ao próprio Estado que os julgados do Poder Judiciário sejam harmoniosos e que se gaste o menor tempo e recursos possíveis para obtê-los. Justamente em virtude dos interesses que procura preservar (ordem pública), essa causa modificadora de competência é dotada de maior força do que todas as demais. Significa dizer, por exemplo, que ainda que num determinado processo não tenha o réu ingressado com a exceção declinatória de foro, ou ainda que exista um contrato com cláusula de eleição de foro apontando aquele órgão jurisdicional como competente, verificando-se a conexão dessa demanda com outra, e sendo o outro juízo prevento, haverá a prorrogação de competência.

José Carlos Barbosa Moreira sempre criticou a tentativa de conceituar de forma precisa o fenômeno da conexão, não aceitando que o art. 103 do CPC seja capaz de abranger todas as hipóteses de sua ocorrência. Em lição referente à reconvenção, mas totalmente aplicável a qualquer espécie de conexão entre ações, o processualista traça algumas "hipóteses sensíveis", ou seja, circunstâncias justificadoras da conexão:

> "a) as de identidade (total ou parcial) do objeto ou da causa de pedir na ação originária e na reconvenção;
>
> b) as de comunhão ou entrelaçamento de questões relevantes, com aproveitamento da atividade instrutória, indispensável ao respectivo deslinde, para a formação do convencimento judicial em ambas as causas;
>
> c) as de inter-relação lógica entre os julgamentos, com perigo de contradição nesse plano, se decididas separadamente as lides"[166].

Parece que o Superior Tribunal de Justiça acolheu esse entendimento, ao afirmar que "o instituto da conexão tem, assim, como sua maior razão de ser, evitar o risco das decisões inconciliáveis. Por esse motivo, diz-se, também, que são conexas duas ou mais ações quando, em sendo julgadas separadamente, podem gerar decisões inconciliáveis sob o ângulo lógico e prático"[167].

Registre-se ainda a existência de uma corrente doutrinária que defende a prejudicialidade como fator determinante da conexão, afirmando serem conexas as ações que versem sobre a mesma relação de direito material, ainda vista sob diferentes perspectivas. O magistrado paulista Olavo de Oliveira Neto, em obra específica sobre o tema, apresenta duas subespécies de prejudicialidade, sendo ambas aptas a gerar o fenômeno da conexão.

A primeira diz respeito à influência que uma causa tem sobre a outra, podendo ser impeditiva ou determinativa. Será a prejudicialidade *impeditiva* quando a causa que deva ser lógica e necessariamente decidida antes tornar dispensável ou impossível o julgamento da causa que seria decidida depois. O exemplo mais utilizado é o pedido de reconhecimento de paternidade cumulado com o de alimentos ou de petição de herança, considerando-se que, uma vez declarado que o réu não é o pretenso pai, os outros pedidos perdem seu objeto. Será *determinativa* quando o resultado da causa vincular o julgamento posterior, como ocorre na hipótese de pedido de rescisão contratual cumulada com o de reintegração de posse, em que a segunda pretensão é uma consequência da primeira (ou seja, sendo o contrato rescindido, haverá o esbulho e assim estará justificada a reintegração de posse; por outro lado, uma vez indeferido o pedido de rescisão, não haverá esbulho, não se justificando a reintegração de posse pretendida).

A segunda subespécie de prejudicialidade diz respeito à extensão em que a decisão da primeira causa prejudica a decisão da segunda, classificando-se esta subespécie em total ou parcial. Será *total* nas hipóteses em que a afetação de uma causa à outra é completa, como se dá nos embargos à

execução que desconstituem o título executivo, levando o processo de execução à extinção. Será *parcial* quando somente determinado ato processual ou parte da causa for atingido, como ocorre nos embargos de terceiro, em que tão somente a constrição judicial é desconstituída[168].

Para essa corrente doutrinária, portanto, o que importa para a fixação da conexão é a hipótese de haver subordinação entre as causas, estando o resultado de uma dependente do resultado da outra de forma necessária e lógica. A conexão, assim, ocorreria à luz da relação jurídica de direito material, evitando que uma mesma relação seja decidida mais de uma vez, o que poderá ensejar o conflito entre julgamentos. A conexão – e mais do que isso, a reunião dos processos –, nesse caso, evitaria tal circunstância, funcionando a prejudicialidade como fator de afinação da conexão com os propósitos que ensejam sua existência (harmonização dos julgados e economia processual)[169].

Ressalte-se que, apesar de a *prejudicialidade de fato* poder ser um fator de conexão, sendo nesse tocante absolutamente aceitável a tese exposta acima, não se podem confundir os fenômenos, de forma a se condicionar a existência de conexão à existência de prejudicialidade. Será acertado, tão somente, afirmar que a prejudicialidade enseja uma forma de conexão, nada mais que isso. Esclarecedora a lição de Sandro Gilbert Martins:

> "Embora se tenha dito que a prejudicialidade é forma de conexão, ambos os institutos não se confundem, cada um mantendo suas características próprias. Isto é, pode haver conexão sem haver prejudicialidade, sendo a recíproca também verdadeira. Todavia, a doutrina já identificou que a conexão e a prejudicialidade encontram, em certa medida, campo comum. Para compreender tal constatação, é necessário observar que tanto a conexão quanto a prejudicialidade buscam suas raízes no fato de haver, entre determinadas questões, uma força que as atraem e, como tal, faz com que essas mesmas questões mereçam estar reunidas. Na conexão, essa aproximação tem sua gênese nos direitos vinculados aos mesmos fatos, ou nas mesmas relações jurídicas, enquanto na prejudicialidade o nexo que vincula a prejudicial à prejudicada é a dependência, lógica e necessária, que esta tem para com aquela"[170].

11.5.3.4. *Obrigatoriedade ou facultatividade na reunião de processos em razão da conexão*

Esta certamente é a questão mais polêmica a respeito do instituto da conexão. Há divergências tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial. O art. 105 do CPC afirma expressamente que o juiz "pode ordenar" a reunião de processos, o que levaria a uma interpretação literal do dispositivo legal, a se entender que haveria uma possibilidade de escolha pelo juiz por reunir ou não os processos.

A simples literalidade do texto legal, entretanto, não será por si só apta a dar a questão como resolvida, levando-se em conta as reiteradas confusões e incorreções advindas da literalidade de dispositivos do Código de Processo Civil, em que o legislador afirma que o juiz *poderá* quando a doutrina em coro afirma que o juiz *deverá* (p. ex., art. 273, *caput*, do CPC – o juiz poderá antecipar os efeitos da tutela; art. 527, II, do CPC – o juiz poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido).

Existe uma corrente doutrinária que entende ser a regra do art. 105 do CPC de natureza cogente, o que retiraria do juiz qualquer liberdade a respeito de sua aplicação no caso concreto. Havendo a identidade de causa de pedir ou do pedido os processos deverão – e não poderão – ser reunidos. Esse entendimento retira do juiz qualquer ponderação no caso concreto quanto à reunião ou não dos processos, obrigando-o a reuni-los simplesmente por ocorrer o fenômeno da conexão, considerando-se a reunião dos processos decorrência lógica, natural e inexorável do fenômeno.

Nesse sentido as lições de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

> "Sendo a conexão matéria de ordem pública, o juiz é obrigado a determinar a reunião de ações conexas para julgamento, nada obstante esteja consignado na norma ora comentada que o juiz 'pode ordenar'. O magistrado não pode examinar a conveniência ou oportunidade da reunião, pois o comando emergente do CPC 105 é cogente: o juiz tem o dever legal, de ofício, de reunir as ações conexas para julgamento conjunto"[171].

Por outro lado, existe uma corrente doutrinária mais flexível quanto à reunião dos processos por conexão, atribuindo ao juiz uma maior liberdade no caso concreto para analisar a conveniência de realizar tal reunião. Nesse sentido as lições de Arruda Alvim que, levando em conta a diversidade dos tipos de influência de uma causa em outra, conclui ser permitida ao juiz uma maior liberdade em termos de reunião de tais causas. Deixa, entretanto, uma condição para que tal liberdade seja legítima:

> "Esta liberdade, todavia, e por certo, não deverá conduzir à não junção dos processos, quando for intensa a conexão (por exemplo, identidade de pedidos e *causa petendi*), e quando houver real utilidade na junção de ambas as causas, e quando estejam aproximadamente no mesmo momento ou estágio processual. Inversamente, existirá, em maior latitude, esta liberdade quando for mais tênue a conexão e quanto menor a utilidade perceptível de se reunirem as ações"[172].

Vicente Greco Filho, partidário do entendimento da facultatividade da reunião, afirma que outras circunstâncias devem ser levadas em consideração, sempre tendo em mente os objetivos traçados pela conexão. Afirma que não haveria sentido, por exemplo, a reunião de inúmeras ações que tramitam em diferentes foros, propostas por diferentes vítimas de um mesmo acidente de trânsito. Seria uma verdadeira denegação de justiça se tais ações fossem reunidas perante um só juízo, ainda que todas elas tivessem identidade de causa de pedir. Pondera, entretanto, que nesse caso seria interessante a reunião se todos os processos tramitassem no mesmo foro[173].

Imagine-se um ônibus de excursão que se envolve num acidente. Todos os passageiros ingressam com demandas judiciais, mas para seu próprio conforto o fazem no foro de seus domicílios, conforme lhes permite a lei. Assim, teremos ações em São Paulo, Rio de Janeiro, Adamantina, Mossoró, Manaus, Itajaí, Pouso Alegre, Jaboatão dos Guararapes, Santa Cruz de Cabrália, Rio Verde, Dourados etc. Seria interessante nesse caso a reunião de todos esses processos, dos mais variados lugares do Brasil, diante de um mesmo juízo? Qual seria a situação do autor domiciliado em Itajaí, se o juízo prevento fosse o de Manaus, ou vice-versa? A que custo para os autores dessas demandas se estaria cumprindo o objetivo da economia processual e harmonia dos julgamentos, ainda mais nesse caso em que os julgamentos serão no máximo logicamente incompatíveis, mas sem o antagonismo prático insolúvel? Não se estaria, nesse caso, diante da salvaguarda de importantes princípios e valores, mas à custa de sacrifício de outros, como a prometida inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, CF), hoje entendida como a garantia de acesso à ordem jurídica justa?

Cândido Rangel Dinamarco, apesar de afirmar de maneira peremptória a obrigatoriedade na reunião de processos em razão da conexão, parece condicionar essa obrigatoriedade à verificação no caso concreto da efetiva realização dos objetivos traçados por tal fenômeno processual, em especial a economia processual:

> "A própria reunião de causas conexas pendentes encontra um limite, que é o estado das causas no momento em que se cogitar de reuni-las em um processo só, sob um juiz único. Segundo correto e generalizado entendimento jurisprudencial, não se

reúnem causas conexas quando a instrução de uma delas já estiver tão adiantada que os objetivos da reunião já não possam ser atingidos. Muito menos quando uma delas já se encontra devolvida aos tribunais, em grau de recurso – ou, com muito mais fortes razões, quando o primeiro processo já estiver extinto. A conexidade existe em todos esses casos, porque ela é uma relação entre demandas e esse conceito é puramente estático; o que não se dá é a prorrogação da competência nem a reunião das causas"[174].

Como se nota nos ensinamentos transcritos acima, sendo impossível a obtenção da economia processual no caso concreto, ainda que presente o requisito do art. 103 do CPC (identidade do objeto ou causa de pedir), as demandas não deverão ser reunidas. Parece, entretanto, que a visão centrada em apenas um dos objetivos de tal reunião não é a melhor solução para fins de determinação de julgamento conjunto ou não. É de fato bem possível que um processo esteja em fase tão adiantada em comparação a outro que de nada serviria à economia processual a reunião de ambos. Mas, em relação à harmonia dos julgamentos, esta não poderia ser no caso concreto suficiente para a reunião de tais processos para um julgamento conjunto, ainda que aquele que estivesse mais desenvolvido tivesse de aguardar o desenvolvimento do outro? Em meu entender, não pode ser dada *a priori*, sendo imperiosa a análise do caso concreto.

Em uma situação em que há possibilidade real de duas decisões conflitantes – e no caso de serem praticamente incompatíveis, ainda pior –, mesmo que a economia processual não possa ser preservada, poderá ser interessante a reunião de demandas conexas.[175] É óbvio que, nesse caso, o juiz deverá verificar a boa-fé processual do autor do processo mais recente, até mesmo para evitar indevidas e injustificadas interrupções no andamento do processo mais avançado em termos procedimentais. Basta imaginar a situação em que o réu numa ação de despejo por falta de pagamento se vê na iminência de uma sentença desfavorável e ingressa com uma infundada ação de consignação em pagamento, somente objetivando a reunião de ambas por conexão e a suspensão imprópria da demanda de despejo, postergando o inevitável. Nesse caso, seria antijurídico defender a reunião dos processos.

Apesar de toda a polêmica que envolve a questão da obrigatoriedade ou não da reunião de processos conexos, parece que a reunião que não possa alcançar nenhum dos dois objetivos traçados para o instituto está totalmente fora de questão. A aplicação automática, sem qualquer ponderação a respeito da *ratio* da norma, a nosso ver, não se justifica. E parece concordar com tal posição a jurisprudência, sumulando o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não existe reunião de processos conexos quando um deles já estiver no tribunal (Súmula 235, STJ), circunstância em que, obviamente, a reunião dos processos não geraria qualquer economia processual ou harmonização dos julgados, já que, em um deles, a prova fora produzida e a decisão prolatada.

Há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça que afirmam expressamente existir um verdadeiro juízo de conveniência baseado em juízo de discricionariedade na reunião de ações conexas, deixando suficientemente claro não ser obrigatória tal reunião no caso concreto[176].

Sendo a reunião dos processos obrigatória ou não, a conexão tem tratamento processual de matéria de ordem pública, o que significa legitimidade plena para a sua arguição (qualquer dos sujeitos processuais poderá fazê-lo: autor, réu, terceiro interveniente, Ministério Público como fiscal da lei, juiz de ofício). Justamente pela natureza de ordem pública, não estará sujeita a preclusão, não estando submetida, portanto, a um prazo e tampouco a uma forma específica para sua alegação no processo. Registre-se somente a impropriedade de alegação de tal matéria em sede de exceção de incompetência, instrumento processual que busca afastar o juízo incompetente, o que não ocorre na

conexão, que busca fixar um entre dois ou mais juízes competentes. Tratando-se de matéria de ordem pública, entretanto, a alegação deverá ser considerada, mas não como exceção, o que significa que não haverá suspensão do processo para a apreciação da conexão alegada.[177]

Por fim, justamente em razão dessa natureza jurídica que a lei atribui à matéria de ordem pública, surge dúvida a respeito da natureza do vício em processo em que deveria ter ocorrido a reunião, mas a mesma não houve. Apesar de – pela lógica sistemática dos vícios do ato jurídico – se tratar de uma hipótese de nulidade absoluta, sem a prova do efetivo prejuízo, não nos parece que a decisão possa ser anulada, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas. Sendo o fenômeno da conexão instituto preocupado com a preservação da economia processual, não teria sentido se permitir a anulação da decisão pelo simples descumprimento do disposto no art. 105 do CPC, o que certamente ensejaria uma afronta clara a tal princípio. Dessa forma, a parte que alegar o vício deverá comprovar seu efetivo prejuízo pela não reunião dos processos, o qual, uma vez comprovado, gerará a anulação da decisão[178].

11.5.3.5. *Especificamente na relação entre ação coletiva e individual*

Parece não haver maiores dúvidas a respeito da possibilidade de conexão entre ações coletivas e individuais, senão pelo pedido, ao menos pela identidade de causa de pedir[179]. Há, inclusive, entendimento doutrinário que aponta até mesmo para a possibilidade de existência de continência entre ação coletiva que verse sobre direito individual homogêneo e ação individual. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli:

> "Ora, a rigor, nem mesmo no caso de interesses individuais homogêneos teremos vera e própria litispendência entre ação civil pública (ou coletiva) e ação individual, uma vez que não coincidem seus objetos: o caso seria antes de conexão, ou, sob circunstâncias específicas, até mesmo de continência, quando o objeto da ação civil pública ou coletiva compreendesse, porque mais abrangente, o objeto da ação individual"[180].

Entendo que, para se concluir pela continência nesses casos, deverá se abrir uma pequena exceção ao requisito exigido pelo art. 104 do CPC no tocante à identidade de partes. E não as partes no sentido processual, que apesar de necessariamente serem diferentes, não interessam quando da comparação entre ações. A parte material da ação coletiva é a soma de indivíduos titulares dos direitos individuais que, somados, resultam no direito individual homogêneo, enquanto na ação individual a parte é somente o indivíduo que propôs a demanda judicial. As partes, portanto, não serão idênticas. Caso se utilize característica própria da continência, pode-se falar que a parte material da ação coletiva, por mais ampla, contém a parte material da ação individual. Idênticas, entretanto, elas não são.

A discussão, na realidade, é mais acadêmica do que prática, porque em se considerando não haver a continência, certamente haverá conexão, o que já é o suficiente para a eventual reunião das ações perante o juízo prevento. Sendo a continência apenas uma conexão qualificada, havendo uma identidade da causa de pedir – requisito tanto do art. 103 quanto do art. 104 do CPC – já será caso de se analisar a aplicabilidade no caso concreto da regra prevista no art. 105 do CPC.

Ainda que a efetiva reunião de ações conexas sempre dependa de uma análise casuística, não sendo diferente na conexão existente entre ação coletiva e ação individual, *a priori* é possível

desaconselhar tal reunião, em especial quando houver um número significativo de ações individuais.

Para tal conclusão, basta se pensar na concentração de trabalho que teria um juízo que recebesse todas as ações coletivas e individuais em situações como os dos planos econômicos Bresser, Collor e Verão. Foram milhares de ações individuais e algumas centenas de ações coletivas. Ainda que limitada territorialmente a reunião das ações em respeito ao art. 16 da LACP, que, atualmente, nem vem mais sendo aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, a reunião das demandas criaria um obstáculo intransponível ao bom andamento dos trabalhos cartoriais do juízo prevento[181]. Por outro lado, ao se determinar o juízo prevento em foro muito distante e de difícil acesso aos indivíduos autores das ações individuais, ter-se-ia inaceitável ofensa ao princípio do acesso à ordem justa.

Registre-se corrente doutrinária que, apesar de reconhecer os problemas pragmáticos da eventual reunião das demandas, afirma ser esse um problema ligado à política da administração da justiça no país, não podendo ser considerados como razões para a não reunião das demandas conexas.[182] Apesar de concordar com a premissa, continuo na percepção de que as normas processuais devem levar em consideração a realidade de nosso dia a dia forense, sob pena de se criar uma regra acadêmica e outra prática, o que sempre gerará insegurança jurídica e desprestígio à ciência.

Por outro lado, não se pode simplesmente desconsiderar a técnica criada pelo art. 104 do CDC, que proporciona os mesmos ganhos da reunião de demandas conexas: economia processual (evitar repetição de atos processuais) e harmonização dos julgados (evitar a prolação de decisões contraditórias). A suspensão da ação individual, ainda mais da forma como vem sendo determinada pelo Superior Tribunal de Justiça, já é o suficiente para que as vantagens da reunião das ações já sejam sentidas mesmo sem que tal reunião efetivamente ocorra.

De qualquer forma, partindo-se da premissa de que deva ocorrer a reunião entre as ações individuais e coletiva no caso concreto, haverá interessante questão a respeito de quem será o juízo prevento. Se por um lado a reunião de ações individuais conexas tem duas regras, previstas nos arts. 106 e 219, *caput*, do CPC, na reunião de ações coletivas existem três outras regras com o mesmo conteúdo: art. 5.º, § 3.º, da Lei 4.717/1965; art. 2.º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985 e art. 17, § 5.º, da Lei 8.429/1992. Qual dessas regras seria aplicável, já que a reunião misturaria o plano individual e coletivo?

Não concordo com a parcela doutrinária que defende a prevenção do juízo da ação coletiva[183], porque essa regra não existe em qualquer um dos sistemas (individual e coletivo). Acredito que a regra do processo coletivo seja a mais racional, determinando a prevenção do juízo no qual se der a primeira propositura, e por essa razão entendo mais razoável sua aplicação também quando existam ações conexas de natureza coletiva e individual.

11.5.4. Suspensão do processo individual

Conforme previsão do art. 104 do CDC, se o autor da ação individual não requerer no prazo de 30 dias a suspensão de sua ação individual, não poderá se aproveitar do resultado da ação coletiva. O dispositivo legal ainda prevê que o termo inicial da contagem desse prazo será a ciência nos autos da ação individual do ajuizamento da ação coletiva.

A regra é facilmente compreendida, apesar de não escapar de algumas polêmicas, em especial

quanto aos dois aspectos essenciais do dispositivo legal: a comunicação ao autor da ação individual da existência de uma ação coletiva (*fair notice*) e o efetivo direito de o autor continuar o trâmite de sua ação individual, excluindo-se da ação coletiva (*right to opt out*).

Não existe no art. 104 do CDC qualquer regra, nem mesmo indício, de quem seja o responsável pela informação da existência da ação coletiva na ação individual. Caberia a informação ao réu dessa ação, que certamente saberá da existência da ação coletiva porque também nela ocupará o polo passivo? Caberia ao juiz de ofício se manifestar a respeito da existência dessa ação coletiva? É ônus do autor individual descobrir a existência dessa ação coletiva, levando tal informação aos autos da ação individual?

Certamente o legislador poderia ter sido mais claro na previsão legal, o que evitaria toda a divergência criada em torno da questão. Entendo que o ônus de informar a existência da ação coletiva é do réu, sendo este o maior interessado em tal informação. Tanto a suspensão do processo individual como sua continuidade com a exclusão do autor individual dos efeitos da ação coletiva interessam mais ao réu do que ao autor, que teoricamente se manteria em uma situação mais confortável se continuasse com sua ação individual em trâmite, podendo ainda se aproveitar do resultado positivo do processo coletivo.

Apesar de entender que o ônus de requerer a informação do autor individual pertença ao réu, não vejo qualquer vedação à atuação oficiosa do juiz, até porque a eventual suspensão do processo individual gera economia processual e harmonização dos julgados, matérias de ordem pública que podem ser preservadas de ofício pelo juiz.

O autor, entretanto, não pode arcar com o ônus de descobrir ou saber da existência da ação coletiva para pedir a continuação da ação individual ou sua suspensão. O próprio art. 104 do CDC prevê que o autor será informado, o que permite a conclusão de que há a provocação por parte de outro sujeito que não o próprio autor. É natural que, se o autor voluntariamente pedir a suspensão de seu processo em decorrência da existência de uma ação coletiva, o juiz deverá acatar o pedido, mas tal postura constituir um ônus do autor seria um verdadeiro absurdo.

Realizada a informação do autor da ação individual, que socorrerá por meio de publicação do Diário Oficial na pessoa de seu advogado, caberá a ele uma escolha. Caso o autor opte por se aproveitar de uma futura e eventual vitória do autor coletivo, deverá requerer a suspensão de sua ação individual: (a) no caso de sua perspectiva se concretizar, a ação individual perde o objeto e o autor da ação individual terá em seu favor um título executivo judicial (sentença coletiva), sendo interessante o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que, em vez de extinguir a ação individual por carência superveniente, a converte em liquidação de sentença[184]; (b) de outro modo, caso mantenha em trâmite sua ação individual, excluir-se-á dos efeitos da ação coletiva, não podendo se valer da futura e eventual sentença de procedência da ação coletiva como título executivo judicial.

Aparentemente, o autor individual teria mais razões para suspender seu processo individual, considerando que assim teria duas chances de vitória. Caso o processo coletivo não alcance o sucesso esperado, o autor ainda disporá de mais uma chance com a continuação de seu processo individual. Ao se autoexcluir da ação coletiva, a única possibilidade de vitória do autor passa a ser a sua ação individual. Se você pode ter duas ou somente uma bala para acertar um alvo, é natural a opção pela manutenção de duas...

Ocorre, entretanto, que a suspensão do processo individual em decorrência de ação coletiva não se transformou em realidade. Costuma-se dizer que no Brasil existem as leis que pegam e as que não pegam. Por mais triste que seja reconhecer, parece que a regra estabelecida pelo art. 104 do CDC é da segunda espécie. A desconfiança com a ação coletiva, a ausência de informação por parte dos réus, o desconhecimento da lei (o silêncio do autor deve ser compreendido como a vontade de continuar com o processo individual) são razões sentidas na praxe forense para que as ações individuais prossigam durante o trâmite da ação coletiva. Vários são os motivos que podem ser apontados, mas o fato é que a suspensão das ações individuais em razão do trâmite de uma ação coletiva é fato raro no dia a dia forense.

Certamente notando tal circunstância, o Superior Tribunal de Justiça, com entendimento bastante singular da regra estabelecida pelo art. 104 do CDC, decidiu que a suspensão é obrigatória, de nada importando a vontade do autor individual continuar com seu processo individual:

> "Recurso repetitivo. Ação civil pública. Suspensão. Ação individual. A Seção, ao apreciar REsp submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Res. 8/2008-STJ, por maioria, firmou o entendimento de que, ajuizada a ação coletiva atinente à macro lide geradora de processos multitudinários, admite-se a sustação de ações individuais no aguardo do julgamento da ação coletiva. Quanto ao tema de fundo, o Min. Relator explica que se deve manter a suspensão dos processos individuais determinada pelo Tribunal *a quo* à luz da legislação processual mais recente, principalmente ante a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672/2008), sem contradição com a orientação antes adotada por este Superior Tribunal nos termos da legislação anterior, ou seja, que só considerava os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública. Observa, ainda, entre outros argumentos, que a faculdade de suspensão nos casos multitudinários abre-se ao juízo em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que fica praticamente paralisada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma lide. Dessa forma, torna-se válida a determinação de suspensão do processo individual no aguardo do julgamento da macro lide trazida no processo de ação coletiva embora seja assegurado o direito ao ajuizamento individual" (STJ – REsp 1.110.549/RS – Segunda Seção – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 28.10.2009 – *Informativo* STJ 413).

11.5.5. Extinção do mandado de segurança individual

O art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009, em sua primeira parte, apenas repete a regra consagrada no art. 104 do CDC, ao prever que o mandado de segurança não induz litispendência para as ações individuais; se o dispositivo contido na legislação consumerista já era desnecessário, o mesmo ocorre com o dispositivo ora analisado. A novidade fica por conta da segunda parte do dispositivo legal agora enfrentado, que cria regra consideravelmente oposta àquela prevista no art. 104 do CDC.

Da simples leitura do art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009 nota-se que a regra é outra, porque o dispositivo legal obriga o autor da ação individual a desistir de sua ação no prazo de 30 dias da informação da existência da ação coletiva, caso queira continuar vinculado ao mandado de segurança coletivo.

É preciso observar que, como o dispositivo legal menciona de forma genérica a "ação individual", não será apenas aplicável aos mandados de segurança individuais, mas a qualquer espécie de ação individual[185]. Tratando-se de mandado de segurança individual, a norma é ainda mais drástica, porque em razão da exiguidade do prazo para a impetração do mandado de segurança – 120 dias – nem se poderia abrandar a dureza do dispositivo legal com a afirmação de que, com a desistência, a repropositura do mandado de segurança seria admitida em razão da ausência de coisa julgada material[186].

O mais incongruente da obrigatoriedade da desistência da ação individual dá-se no caso de decisão terminativa ou de improcedência no mandado de segurança coletivo. Sabendo-se que a coisa julgada coletiva opera-se para o indivíduo *secundum eventum litis* e *in utilibus*, poderá individualmente ser buscada a tutela do direito pelo indivíduo, mas não mais pelo mandado de segurança, porque, nesse caso, muito provavelmente o prazo de 120 dias já terá transcorrido. Como o indivíduo não estará nesse caso vinculado à decisão negativa proferida no processo coletivo, e essa realidade não foi alterada pelo dispositivo legal ora comentado, restará a ele as vias ordinárias para a tutela de seu direito, o que significa que lhe será retirado indevidamente o direito ao mandado de segurança.

Realmente, nesse tocante, o legislador exagerou na dose. Obrigar o indivíduo a optar entre a ação individual e a ação coletiva por meio da desistência da primeira não se coaduna com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF. Entendo que não é saudável ao sistema a existência concomitante de diversas ações individuais e mandados de segurança coletivos que tratem da mesma matéria, mas daí a concordar com a exigência de desistência das primeiras para que os indivíduos possam se aproveitar da tutela coletiva existe uma distância considerável. O ideal seria tornar a suspensão das ações individuais obrigatória, forçando os indivíduos a esperar a solução da ação coletiva, porém mantendo seu direito individual de ação.

E, quando a ação individual for um mandado de segurança, poderia até mesmo ser mantida a obrigatoriedade de desistência, mas com a fixação do termo inicial para a repropositura no trânsito em julgado do mandado de segurança. Dessa forma, os impetrantes que tivessem desistido de seu mandado de segurança individual na esperança de serem tutelados pela ação coletiva, caso não obtenham tal tutela, poderiam repropor seu mandado de segurança individual.

Essa solução evitaria a proliferação de mandados de segurança individuais, sem retirar arbitrariamente o direito de ação dos indivíduos, mas reconhece-se que tal solução exige previsão legal, não podendo ser aplicada por meio de hermenêutica jurídica.

11.6. COISA JULGADA

11.6.1. Introdução

A doutrina é tranquila em apontar que a coisa julgada é um dos aspectos mais relevantes na distinção da tutela coletiva da individual. Regras tradicionais presentes na tutela individual, tais como a coisa julgada *pro et contra* e sua *eficácia inter partes*, consagrada pelo art. 472 do CPC, são simplesmente desconsideradas, passando-se a eficácias *ultra partes* e *erga omnes* e à coisa julgada *secundum eventum probationis* e *secundum eventum litis*.

Por outro lado, existe ainda a funesta e lamentável regra consagrada no art. 16 da Lei 7.347/1985, que aparentemente cria uma espécie de limitação territorial aos efeitos da sentença e, por consequência, da coisa julgada material.

11.6.2. Coisa julgada *secundum eventum probationis*

No tocante aos direitos coletivos e difusos, a coisa julgada, na hipótese de julgamento de improcedência do pedido, tem uma especialidade que a diferencia da coisa julgada tradicional, prevista pelo Código de Processo Civil. Enquanto no instituto tradicional a imutabilidade e a indiscutibilidade geradas pela coisa julgada não dependem do fundamento da decisão, nos direitos difusos e coletivos, caso tenha a sentença como fundamento a ausência ou a insuficiência de provas, não se impedirá a propositura de novo processo com os mesmos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido –, de modo a possibilitar uma nova decisão, o que, naturalmente, afastará, ainda que de forma condicional, os efeitos de imutabilidade e indiscutibilidade da primeira decisão transitada em julgado. Exclui-se da análise os direitos individuais homogêneos porque, nestes, a coisa julgada opera-se *secundum eventum litis*; assim, qualquer fundamento que leve à improcedência não afetará os interesses dos indivíduos titulares do direito (art. 103, III, do CDC).

A primeira questão a respeito dessa espécie atípica de coisa julgada diz respeito à sua constitucionalidade. Uma corrente minoritária vê uma quebra da isonomia em referido sistema e aponta para uma proteção exacerbada dos autores das ações coletivas *stricto sensu* em desfavor dos réus. Apesar de mais sentida nas ações que tenham como objeto os direitos individuais homogêneos, também nas que tratam de direitos difusos e coletivos haveria uma disparidade de tratamento absolutamente desigual, o que feriria o princípio constitucional da isonomia[187].

Majoritariamente, entretanto, a doutrina entende pela constitucionalidade da coisa julgada *secundum eventum probationis* – como também da coisa julgada *secundum eventum litis* –, afirmando que os sujeitos titulares do direito, ao não participarem efetivamente do processo, não poderão ser prejudicados por uma má condução procedimental do autor da demanda. Não seria justo ou legítimo impingir a toda uma coletividade, em decorrência de uma falha na condução do processo, a perda definitiva de seu direito material. A ausência da efetiva participação dos titulares do direito em um processo em contraditório é fundamento suficiente para defender essa espécie de coisa julgada material[188].

Ademais, a coisa julgada *secundum eventum probationis* serve como medida de segurança dos titulares do direito que não participam como partes no processo contra qualquer espécie de desvio de conduta do autor. A insuficiência ou a inexistência de provas poderá decorrer, logicamente, de uma inaptidão técnica dos que propuseram a demanda judicial, mas também não se poderá afastar, de antemão, algum ajuste entre as partes para que a prova necessária não seja produzida e com isso a sentença seja de improcedência[189]. É bem verdade que os poderes instrutórios do juiz, aguçados nas ações coletivas em razão da natureza dos direitos envolvidos, poderiam também funcionar como forma de controle para que isso não ocorra, mas é inegável que a maneira mais eficaz de afastar, definitivamente, qualquer ajuste fraudulento nesse sentido é a adoção da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Outra questão que parece ter sido pacificada pela doutrina e pela jurisprudência diz respeito aos legitimados à propositura de um novo processo com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido do primeiro; estaria legitimado o mesmo sujeito que propôs a primeira demanda que foi resolvida de forma negativa por ausência ou insuficiência de provas? A ausência de qualquer indicativo proibitivo para a repetição do polo ativo nas duas demandas parece afastar de forma definitiva a proibição. Todos os legitimados poderão, com base na prova nova, propor a "segunda" demanda, mesmo aquele que já havia participado no polo ativo da "primeira"[190].

A próxima questão refere-se à formação ou não de coisa julgada nas ações coletivas – direitos difusos e coletivos – julgadas improcedentes por ausência ou insuficiência de provas. Fala-se em coisa julgada *secundum eventum probationis*, mas há divergência a respeito de ser essa uma espécie atípica de coisa julgada ou se, nesse caso, a coisa julgada material estaria afastada, de modo a operar-se, no caso concreto, tão somente a coisa julgada formal.

Há parcela significativa da doutrina que entende não se operar, nesse caso, a coisa julgada material, por afirmar que, sendo possível a propositura de um novo processo com os mesmos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido –, a imutabilidade e a indiscutibilidade próprias da coisa julgada material não se fariam presentes. A possibilidade de existência de um segundo processo, que, naturalmente, proporcionará uma segunda decisão, afetaria de maneira irremediável a segurança jurídica advinda da coisa julgada material tradicional, de modo a estar afastado esse fenômeno processual quando os fundamentos que levaram à improcedência do pedido forem a insuficiência ou a inexistência de prova[191].

Esse entendimento, entretanto, não é o mais correto, parecendo configurar-se a mesma confusão a respeito da formação ou não da coisa julgada nos processos cujo objeto sejam as relações de trato continuativo, reguladas pelo art. 471, I, do CPC. Em razão da possibilidade de que a sentença determinativa seja alterada em virtude de circunstâncias supervenientes de fato e de direito, parcela da doutrina apressou-se a afirmar que essa "instabilidade" da sentença seria incompatível com o fenômeno da coisa julgada material, que exige a imutabilidade e a indiscutibilidade do julgado.

Aos partidários do entendimento de que não existe coisa julgada nas ações que tratam de direito difuso ou coletivo quando a improcedência decorrer da insuficiência ou ausência de provas surge uma questão de difícil resposta: como deverá o juiz proceder ao receber uma petição inicial de um processo idêntico a um processo anterior decidido nessas condições, em que o autor não indica qualquer nova prova para fundamentar sua pretensão, alegando tão somente não ser possível suportar a extrema injustiça da primeira decisão? Sem ao menos indícios de que existe uma prova nova, ainda que o fundamento da primeira decisão tenha sido a insuficiência ou ausência de provas, poderá o juiz dar continuidade ao processo?

É evidente nesse caso que o juiz deverá indeferir a petição inicial; não há maiores dúvidas a esse respeito. Mas sob qual fundamento? O fundamento de sua decisão será o art. 267, V, do CPC, o qual aponta que, nesse caso, não se poderá afastar a segurança obtida pela coisa julgada material gerada pela primeira decisão. Essa é a prova maior de que existe coisa julgada material, independentemente do fundamento da decisão de mérito da primeira demanda que efetivamente ocorreu, embora sua imutabilidade e sua indiscutibilidade estejam, no caso da ausência ou insuficiência de provas, condicionadas à inexistência de prova nova que possa fundamentar a nova demanda.

Apesar da defesa veemente da existência de coisa julgada material na hipótese ora analisada e da extinção do processo quando não houver prova nova em razão justamente do fenômeno da coisa julgada material, ainda que seja admitida a inexistência de coisa julgada material quando esta se verifica *secundum eventum probationis*, como prefere a doutrina que tratou do tema, a conclusão a que todos chegam já é o suficiente para os fins buscados no presente trabalho: se não houver prova nova, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito. Seja por falta de interesse de agir, como prefere a doutrina[192], seja por força da coisa julgada, o essencial é a conclusão pacífica de que o segundo processo não deve ser admitido.

Há outro interessante questionamento a respeito do tema que vem suscitando dúvidas na doutrina nacional. Os dispositivos legais que tratam da coisa julgada *secundum eventum probationis* são omissos a respeito da exigência de que, expressa ou implicitamente, conste da sentença ter sido a improcedência gerada pela ausência ou insuficiência de provas, ou se tal circunstância poderá ser estranha à decisão, de modo a ser demonstrada somente na segunda demanda. A tomada de uma ou de outra posição terá peso fundamental no próprio conceito de prova nova, que será fixado a seguir.

A tese restritiva exige que haja na motivação ou no dispositivo da decisão, expressa ou implicitamente, a circunstância da ausência ou insuficiência de provas. Afirma-se que, por ser uma exceção à regra da coisa julgada material prevista em nosso ordenamento processual, deverá o juiz indicar, ou ao menos ser possível deduzir de sua fundamentação, que sua decisão de improcedência decorreu de uma insuficiência ou inexistência de material probatório. A ausência dessa circunstância proporcionaria, obrigatoriamente, a geração de coisa julgada material tradicional[193].

Com entendimento contrário, existe corrente doutrinária que não vê qualquer necessidade de constar, expressa ou implicitamente na sentença, que a improcedência do pedido decorreu de ausência ou insuficiência de provas. A doutrina que defende uma tese mais ampla afirma que não se deveria adotar um critério meramente formal do instituto, propondo-se um critério mais liberal, nomeado de critério substancial. Segundo essa visão, sempre que um legitimado propuser, com o mesmo fundamento, uma segunda demanda coletiva na qual fundamente sua pretensão em uma nova prova, estar-se-á diante da possibilidade de obter uma segunda decisão[194].

A segunda corrente defende o entendimento mais acertado, considerando que a adoção da tese restritiva limitaria indevidamente o conceito de prova nova. Ao exigir-se do juiz uma fundamentação referente à ausência ou à insuficiência de provas, será impossível a ele se manifestar sobre o que não existia à época da decisão, o que retiraria a possibilidade de propositura de uma nova demanda fundada em meio de prova não existente à época da prolação da decisão. Nesses casos, haveria um indevido e indesejável estreitamento do conceito de nova prova, que também, por não ser tranquilo na doutrina, se passa a analisar.

Todos os regramentos legais que tratam da coisa julgada *secundum eventum probationis* são omissos quanto ao conceito de "nova prova", missão legada à doutrina. Parcela majoritária da doutrina entende que não se deve confundir nova prova com prova superveniente, surgida após o término da ação coletiva. Por esse entendimento, seria nova a prova, mesmo que preexistente ou contemporânea à ação coletiva, desde que não tenha sido nesta considerada. Assim, o que interessa não é se a prova existia ou não à época da demanda coletiva, mas se foi ou não apresentada durante seu trâmite procedimental; será nova porque, no tocante à pretensão do autor, é uma novidade, mesmo que, em termos temporais, não seja algo recente[195].

Esse entendimento muito se assemelha ao conceito dado, pela melhor doutrina, ao "fato novo" como fundamento da liquidação de sentença por artigos. Também nesse caso o adjetivo "novo" não é utilizado para designar um fato ocorrido após o término do processo em que se formou o título executivo, mas sim como novidade ao Poder Judiciário, por não ter sido objeto de apreciação em tal processo. O fato, portanto, assim como a "nova prova" nas ações coletivas, poderá ser anterior, concomitante ou posterior à demanda judicial; para ser adjetivado de novo, basta que não tenha sido objeto de apresentação pelas partes e de apreciação pelo juiz.

Registre-se o pensamento, a respeito do tema, exposto por Ada Pellegrini Grinover, que, nos trabalhos para a elaboração do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, entendeu, com Kazuo Watanabe, que as provas que já poderiam ter sido produzidas, mas não o foram, ficam acobertadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Fato novo, portanto, seria o superveniente. A regra constava do art. 38, § 1.º, do Projeto de Lei 5.139/2009, que foi arquivado na Câmara dos Deputados, conforme já analisado no Capítulo 3.

A ideia restritiva de conceito de "nova prova" sugerida pela processualista não parece ser a mais

adequada sob a ótica da proteção dos direitos transindividuais em juízo. Já foi devidamente exposto que uma das razões para admitir a coisa julgada *secundum eventum probationis* nas demandas que tenham como objeto direitos difusos ou coletivos é evitar que, por meio de conluio fraudulento entre as partes processuais, se obtenha uma decisão de improcedência. Considerando a relevância do direito material debatido e a ausência dos legitimados no processo, ao menos essa proteção lhes deve ser concedida, o que não ocorreria se fosse adotada a visão de que somente provas que não existiam à época da demanda coletiva permitiriam uma nova demanda judicial.

De qualquer forma, o pensamento ao menos se mostra bastante correto quando sedimenta a ideia de que, ao surgir uma prova que não existia ou que era impossível de obter à época da ação coletiva, sua apresentação será o suficiente para permitir a propositura de um novo processo com os mesmos elementos da ação anterior. Nesse caso, evidentemente, não será possível defender a corrente doutrinária que exige do juiz a indicação, expressa ou implícita, de ter o julgamento de improcedência decorrido de ausência ou insuficiência de provas. Não sabendo da existência da prova porque não era possível sua obtenção, o que só veio a ser possibilitado, por exemplo, pelo avanço tecnológico, não haveria possibilidade lógica de o juiz considerar tal circunstância em sua decisão.

11.6.3. Coisa julgada *secundum eventum litis*

No sistema tradicional da coisa julgada, esta se opera com a simples resolução de mérito, independentemente do resultado no caso concreto (*pro et contra*). Portanto, é irrelevante saber se o pedido do autor foi acolhido ou rejeitado, se houve sentença homologatória ou se o juiz reconheceu a prescrição ou decadência; sendo sentença prevista no art. 269 do CPC, faz coisa julgada material.

No entanto, existe outro sistema possível, que, ao menos na tutela individual, é extremamente excepcional: a coisa julgada *secundum eventum litis*. Por meio desse sistema, nem toda sentença de mérito faz coisa julgada material, tudo dependendo do resultado concreto da sentença definitiva transitada em julgado. Por vontade do legislador é possível que o sistema crie exceções pontuais à relação sentença de mérito com cognição exauriente e a coisa julgada material.

Poderia o sistema passar a prever que toda sentença de mérito fundada em prescrição não fará coisa julgada em ações nas quais figure como parte um idoso, ou, ainda, que a sentença que homologa transação não fará coisa julgada material quando o acordo tiver como objeto direito real. Apesar da óbvia irrazoabilidade dos exemplos fornecidos, servem para deixar claro que afastar a coisa julgada material de sentença de mérito, que em regra se tornariam imutáveis e indiscutíveis com o trânsito em julgado, em fenômeno conhecido como coisa julgada *secundum eventum litis*, é fruto de uma opção político-legislativa.

Na tutela individual, a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* é consideravelmente excepcional, mas aparentemente foi aplicada no art. 274 do CC, que trata dos limites subjetivos da coisa julgada nas demandas cujo objeto seja a dívida solidária, uma vez que, sendo julgado improcedente o pedido do autor, os demais credores solidários, que não participaram do processo, não estarão vinculados à coisa julgada material. É na tutela coletiva que a coisa julgada *secundum eventum litis* passa a ter posição de destaque.

Segundo previsão do art. 103, § 1.º, do CDC, os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, classe ou categoria, em regra também aplicável ao inciso III[196]. Significa que, decorrendo de uma mesma situação fática jurídica consequências no plano do direito coletivo e individual, e sendo julgado improcedente o pedido formulado em demanda coletiva, independentemente da fundamentação, os indivíduos não estarão vinculados a esse resultado, podendo ingressar livremente com suas ações individuais. A única sentença que os vincula é a de procedência, porque esta naturalmente os beneficia, permitindo-se que o indivíduo se valha dessa sentença coletiva, liquidando-a no foro de seu domicílio e posteriormente executando-a, o que o dispensará do processo de conhecimento. A doutrina fala em coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, porque somente a decisão que seja útil ao indivíduo será capaz de vinculá-lo a sua coisa julgada material[197].

Uma empresa petrolífera causa um grande vazamento de óleo em uma determinada baía, o que naturalmente agride o meio ambiente saudável, mas também prejudica os pescadores do local, que têm danos individuais por não mais poderem exercer seu ofício. Havendo uma ação coletiva fundada no direito difuso a um meio ambiente equilibrado e sendo essa ação julgada improcedente, os pescadores poderão ingressar e vencer em ações individuais de indenização contra a empresa petrolífera. Por outro lado, com a sentença de procedência, os pescadores poderão se valer desse título executivo judicial, liquidando seus danos individuais e executando o valor do prejuízo.

Registre-se que esse benefício da coisa julgada material da ação coletiva pode ser excepcionado em duas circunstâncias:

(a) na hipótese de o indivíduo ser informado na ação individual da existência da ação coletiva (*fair notice*), e em um prazo de 30 dias preferir continuar com a ação individual (*right to opt out*), não será beneficiado pela sentença coletiva de procedência (art. 104 do CDC)[198];

(b) nas ações coletivas de direito individual homogêneo, o art. 94 do CDC admite a intervenção dos indivíduos como litisconsortes do autor, e nesse caso os indivíduos se vinculam a qualquer resultado do processo coletivo, mesmo no caso de sentença de improcedência[199].

11.6.4. Limitação territorial da coisa julgada

Segundo o art. 16 da LACP, "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova". A presente redação do dispositivo legal decorreu da famigerada Lei 9.494/1997, e na primeira regra que consagra é absolutamente lamentável devido à tentativa de se limitar a abrangência territorial da tutela coletiva. E o que é ainda pior, a norma teria sido supostamente criada para a defesa de interesses fazendários...[200].

A referida Lei 9.494/1997 tem norma específica no mesmo sentido de limitação do alcance da sentença coletiva, no art. 2º-A: "A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator".

Por um lado, a previsão legal é uma clara afronta a todas as tentativas legislativas voltadas à diminuição no número de processos, o que em última análise geraria uma maior celeridade naqueles que estiverem em trâmite, sendo também uma agressão clara ao próprio espírito da tutela coletiva. Assim se manifestou Ada Pellegrini Grinover:

> "Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, em vez de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente"[201].

Por outro lado, a exigência de diversas ações coletivas a respeito da mesma circunstância fática jurídica poderá gerar decisões contraditórias, o que abalará a convicção da unidade da jurisdição, ferindo de morte o ideal de harmonização de julgados[202]. E uma vez existindo várias decisões de diferente teor, também restará maculado o princípio da isonomia, com um tratamento jurisdicional distinto para os sujeitos em situações assemelhadas pela simples razão de serem domiciliadas em diferentes localidades[203].

Até se poderia alegar que nesse caso o Estado – mais precisamente o Executivo, já que a lei decorre de conversão da Medida Provisória 1.570/1997 – apenas adotou a regra que mais lhe pareceu interessante, ainda que computados os prejuízos de sua adoção. Nesse sentido, o Estado teria pesado todos os males advindos da multiplicação de processos coletivos – ofensa ao princípio da economia processual – e das eventuais decisões contraditórias – ofensa ao princípio da harmonização dos julgados – e ainda assim teria feito a consciente opção pela regra consagrada no dispositivo legal ora comentado.

O alegado não deve de maneira alguma ser entendido como defesa da opção do legislador, até porque compartilho da corrente doutrinária amplamente majoritária que critica com veemência o art. 16 da LACP. A questão não é precisamente se pessoalmente gosto ou não da previsão legal, mas reconhecer a possível aplicação prática da regra se a única crítica for principiológica, fundada em ofensa clara, manifesta e injustificada aos princípios da economia processual e à harmonização dos julgados. Nada mais que uma entre várias opções equivocadas de política legislativa.

Entretanto, mesmo nesse caso haverá uma nova e fatal crítica a respeito da conduta estatal: a clara e manifesta ofensa ao princípio do devido processo substancial (*substantive due process of law*)[204]. É natural que a liberdade legislativa estatal – ainda mais pelo caminho indevidamente tomado das medidas provisórias – encontra limites na proporcionalidade e razoabilidade, não se devendo admitir a elaboração de regras legais que afrontem tais princípios. As mais variadas críticas doutrinárias elaboradas contra a regra legal ora analisada dão uma mostra clara de sua irrazoabilidade.

Uma crítica mais severa, e não pela maior contundência ou maior acerto, mas porque inviabiliza na prática a aplicação da regra, é voltada para a impossibilidade material de se limitar territorialmente a coisa julgada material. Nesse sentido, as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart:

> "Quem examinar adequadamente a regra, detendo um mínimo de conhecimento a respeito da teoria da coisa julgada, concluirá com tranquilidade que a previsão é, em essência, absurda, ou por ser ilógica, ou por ser incompatível com a regência da coisa julgada. Como já se viu inúmeras vezes, a coisa julgada representa a qualidade de indiscutibilidade de que se reveste o

efeito declaratório da sentença de mérito. Não se trata-também já foi observado, com a crítica de Liebman – de um efeito da sentença, mas sim de qualidade que se agrega a certo efeito. Ora, pensar que uma qualidade de determinado efeito só existe em determinada porção do território, seria o mesmo que dizer que uma fruta só é vermelha em certo lugar do país. Ora, da mesma forma que uma fruta não deixará de ter sua cor apenas por ingressar em outro território da federação, só se pode pensar em uma sentença imutável frente à jurisdição nacional, e nunca em face de parcela dessa jurisdição. Se um juiz brasileiro puder decidir novamente causa já decidida em qualquer lugar do Brasil (da jurisdição brasileira), então é porque não existe, sobre a decisão anterior, coisa julgada. O pensamento da regra chega a ser infantil, não se lhe podendo dar nenhuma função ou utilidade"[205].

E mesmo que se tenda a fugir dessa crítica, interpretando-se o dispositivo legal no sentido de que a limitação não deve atingir a coisa julgada material, conforme previsto, mas na realidade os efeitos da decisão, os mesmos doutrinadores demonstram a inadequação da pretendida limitação:

"O objetivo do dispositivo é limitar a abrangência dos efeitos da sentença (dentre os quais, certamente, não se encaixa a coisa julgada). Mas nem para isso ele se presta. Os efeitos concretos da decisão (que se operam no mundo real) operam-se em sentidos imprevisíveis e não podem ser contidos pela vontade do legislador. Assim como uma pessoa divorciada não pode ser divorciada apenas na cidade onde foi prolatada a sentença de seu divórcio (passando a ser casada em outros municípios), uma sentença proferida em ação coletiva não pode ter seus efeitos limitados a certa porção do território nacional. Os efeitos da sentença operam-se onde devem operar-se, e não onde o legislador queira que eles se verifiquem"[206].

A própria indivisibilidade do direito transindividual também é outro aspecto lembrado por grande parte da doutrina para demonstrar a incompatibilidade lógica da limitação territorial com essas espécies de direitos[207]. Basta imaginar um direito difuso, de toda a coletividade, sendo limitado a apenas um determinado território, o que aniquilaria a própria ideia de indivisibilidade que é essencial aos direitos transindividuais. Como pode uma propaganda ser considerada enganosa em um Estado da Federação e não em outro? Um medicamento nocivo à saúde em um Estado da Federação e não em outro? Um contrato de adesão ser nulo em um Estado da Federação e válido em outros?

Trago uma situação que vivi em minha atuação profissional para demonstrar que realmente, no que tange aos direitos difusos, somente quem tem nervos de aço consegue interpretar a norma ora criticada de forma a dar-lhe operatividade. O Ministério Público Estadual de uma determinada capital ingressou com ação coletiva para obrigar um fornecedor a fornecer um telefone 0800 para os consumidores que, uma vez tendo adquirido o produto em telefonemas gratuitos, tinham que posteriormente reclamar por meio de telefonemas pagos, inclusive por ligações interurbanas.

Agora basta imaginar uma sentença de procedência diante de tal pedido. Ela teria efeito somente para os consumidores domiciliados na comarca em que tramitou a demanda judicial, ou, ainda, na melhor das hipóteses, no Estado em que a Comarca está contida? Instado a criar um telefone 0800, ele seria disponível somente para quem provasse ser domiciliado naquele determinado território? Consumidores de outro Estado receberiam uma mensagem gravada afirmando que o serviço para eles não funcionaria porque no seu Estado não teria o fornecedor sido condenado a oferecer o serviço 0800? Seria, no mínimo, consideravelmente complicada a aplicação da regra do art. 16 da LACP numa situação como essa.

Igualmente interessante a tese de que a modificação legal tenha sido ineficaz por ter alterado dispositivo que já não mais se encontrava em vigor[208]. Segundo esse entendimento, a partir do momento em que o CDC passou a regulamentar, de forma exaustiva, o tema da coisa julgada na tutela coletiva por meio do art. 103 do diploma legal, o art. 16 da LACP teria sido tacitamente revogado.

Como o CDC é de 1990 e a mudança do art. 16 para a atual redação deu-se em 1994, a modificação teria sido ineficaz e, portanto, inaplicável.

Também no plano da ineficácia da modificação trazida ao art. 16 da LACP pela Lei 9.494/1997, mas com outro fundamento, as lições de Hugo Nigro Mazzilli:

> "Sobre estar tecnicamente incorreta, a alteração legislativa trazida ao art. 16 da LACP pela Lei 9.494/1997 é ainda inócua, pois o CDC não foi modificado nesse particular, e a disciplina dos arts. 93 e 103 é de aplicação integrada e subsidiária nas ações civis públicas de que cuida a Lei 7.347/1985 (art. 21 desta). Acresce que, no tocante à defesa do patrimônio público, o sistema do art. 18 da Lei de Ação Popular continua subsistindo na forma original, de maneira que, também em matéria de ação popular, seria absurdo sustentar que o *decisum* só é imutável nos limites territoriais da comarca do juiz prolator"[209].

Superadas as críticas fundadas na inaplicabilidade prática da regra limitadora da coisa julgada material a um limite territorial, a doutrina segue para a tentativa de limitar sua aplicação, partindo-se da premissa de que, se a regra vai ser aplicada, que faça o menor estrago possível.

As teses nascidas com tais propósitos, apesar de sempre terem um objetivo nobre, nem sempre podem ser admitidas, como aquela que defende não ser a norma aplicável ao direito consumerista em razão da ausência de norma nesse sentido no CDC[210]. Não concordo com esse entendimento porque, para ampará-lo, seria necessário afastar a ideia de microssistema coletivo, com a interação das leis que versam sobre processo coletivo, em especial a LACP e o CDC. Seria indubitavelmente muito positivo para os consumidores, que teriam afastada a limitação territorial consagrada pelo dispositivo legal ora criticado, mas o preço de sacrificar a ideia de microssistema coletivo parece ser muito alto.

Há, entretanto, uma teoria que merece destaque.

Para Ada Pellegrini Grinover, uma análise conjunta dos arts. 16 da LACP e 103 do CDC demonstra que o dispositivo legal só pode ser aplicado aos direitos difusos e coletivos. Segundo a fundamentação da processualista, como o art. 16 da LACP, além de criar a limitação territorial da coisa julgada material, prevê a coisa julgada *secundum eventum probationis*, deve se aplicar a norma somente aos direitos que produzem essa forma especial de coisa julgada, o que não é o caso do direito individual homogêneo, conforme já verificado. Conclui seu pensamento, afirmando:

> "Resulta daí que não se pode dar por modificado o art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, por força do acréscimo introduzido no art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, nem mesmo pela interpretação analógica, porquanto as situações reguladas nos dois dispositivos, longe de serem semelhantes, são totalmente diversas"[211].

Essa teoria teve inclusive aceitação em julgado do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrighi:

> "Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança. Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogêneos. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido. – A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa. – A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LACP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. – O procedimento regulado pela

Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contem, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses. Recurso especial conhecido e provido" (STJ – REsp 411.529/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 24.06.2008 – *DJE* 05.08.2008).

Essa decisão, entretanto, foi reformada em julgamento de embargos de divergência interposto contra o acórdão proferido no recurso especial:

"Embargos de divergência. Ação civil pública. Eficácia. Limites. Jurisdição do órgão prolator. 1 – Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterado pela Lei 9.494/1997. Precedentes. 2 – Embargos de divergência acolhidos" (STJ – EREsp 411.529/SP – Segunda Seção – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 10.03.2010 – *DJE* 24.03.2010).

E decisões posteriores continuaram a confirmar a aplicação absurda e desarrazoada do art. 16 da LACP[212]. Houve, entretanto, uma memorável e festejada mudança de posição adotada recentemente pela Corte Especial, com voto irrepreensível do Ministro Luiz Felipe Salomão, que atuou como relator. Em feliz consideração, o Ministro relator afirma que a anterior posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, "em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme – em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide"[213].

Percebeu a histórica decisão que o art. 16 LACP confunde institutos distintos – coisa julgada e competência territorial –, o que pode levar à enganosa interpretação de que os efeitos da sentença podem ser limitados territorialmente, fazendo crer que a coisa julgada seja um efeito da sentença de mérito transitada em julgado, em tese absolutamente descartada em dias atuais.

O julgado adota corretas lições doutrinárias para reconhecer que nos direitos difusos e coletivos a limitação territorial sugerida pelo art. 16 da LACP é lógica e juridicamente inviável, considerando-se a natureza indivisível de tais direitos materiais[214]. Reconheceu também o absurdo da limitação sugerida no dispositivo legal, a permitir que um mesmo contrato possa ser nulo em um Estado da Federação e válido em outro, ou mesmo duas pessoas serem divorciadas apenas no foro da ação de divórcio, continuando casadas nos demais foros.

Valendo-se do microssistema coletivo, a celebrada decisão determinou a interpretação do art. 16 da LACP à luz dos arts. 93 e 103 do CDC, levando-se em conta a extensão do dano e qualidade dos direitos postos em juízo. Conclui que, sendo o dano de escala local, regional ou nacional, o juízo, no comando decisório, sob pena de ser inócua a sua decisão, deve ter capacidade para recompor ou indenizar tais danos em suas abrangências territoriais, independentemente de qualquer limitação.

11.7. GRATUIDADE

11.7.1. Introdução

A gratuidade no microssistema coletivo vem prevista nos arts. 87 do CDC, 17 e 18 da LACP,

com normas muito próximas em termos de conteúdo, ainda que, no segundo caso, o legislador tenha indevidamente se preocupado exclusivamente com a condução das ações coletivas por associações.

De qualquer forma, a tônica principal dos dispositivos é a dispensa no adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas para os autores da ação coletiva e a isenção de pagamento das verbas de sucumbência, salvo em situações excepcionais.

11.7.2. Isenção de adiantamento

A dispensa no adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas para os autores da ação coletiva decorre de expressa previsão do art. 87, *caput*, do CDC e do art. 18 da LACP (mesma redação), justificando-se no incentivo que a gratuidade proporciona para aqueles que pretenderem ingressar com uma ação coletiva[215].

Além das complicações técnicas que uma demanda coletiva pode proporcionar, a questão econômica envolvida também pode se mostrar um elemento fortemente inibidor de proposituras de tais ações, daí serem extremamente importantes as regras ora comentadas como forma de incentivar tais proposituras. Esse objetivo é tão claro e indiscutível que o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que a gratuidade limita-se ao autor da ação coletiva, não aproveitando, portanto, o sujeito que compõe o polo passivo da demanda[216]. Esse também é o pensamento da melhor doutrina a respeito do tema:

> "Mas, *a contrario sensu*, os réus serão obrigados a custear antecipadamente as despesas processuais a que eles próprios derem causa nas ações civis públicas ou coletivas. Essa diferença de tratamento explica-se porque foi evidente intuito do legislador facilitar a defesa dos interesses transindividuais em juízo, de forma que tal disposição só atende os legitimados ativos relacionados no art. 5.º da LACP ou no art. 82 do CDC. É descabido que pessoas físicas, como os réus em ação civil pública ou coletiva, queiram beneficiar-se do estímulo que o legislador, por meio da ação civil pública, quis dar à sociedade civil para defesa do patrimônio público e interesses transindividuais"[217].

No tocante à gratuidade, o aspecto mais interessante diz respeito ao adiantamento dos honorários periciais, que, ao menos em regra, segue as regras estabelecidas pelo art. 33 do CPC. Dessa forma, sendo a perícia requerida pelo autor, pelo autor e réu, pelo Ministério Público como fiscal da lei ou determinada de ofício pelo juiz, o ônus de adiantar os honorários periciais é do autor. Na hipótese de apenas o réu pedir a produção da prova pericial é que será seu o ônus de adiantar tal verba.

Sendo o pedido de prova pericial elaborado exclusivamente pelo réu, não haverá qualquer especialidade, cabendo a ele o depósito em juízo dos honorários advocatícios "sob pena" de preclusão da prova pericial. A experiência forense, entretanto, mostra que, nas ações coletivas, são em geral os autores que requerem a produção da prova pericial, justamente os sujeitos agraciados com a dispensa no adiantamento das verbas periciais, além de outras. Questiona-se: como proceder diante de tal situação? Por um lado, não se pode exigir do autor o adiantamento, e, por outro lado, não se pode exigir do perito que trabalhe sem o devido adiantamento de seus honorários.

Passou a ser prática comum em juízos de primeiro grau a simples inversão do ônus do adiantamento para o réu, com intimações para que deposite o valor referente aos honorários do perito, tese defendida por parcela da doutrina[218]. O tema é controverso, mas o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se aplica essa inversão do ônus

do adiantamento dos honorários periciais, apesar de o réu assumir o risco diante da não produção da prova[219].

Especificamente no tocante à tutela coletiva, o Superior Tribunal de Justiça entende que tal inversão seria flagrantemente contrária à regra consagrada no art. 33 do CPC, que deve ser aplicada subsidiariamente no microssistema coletivo. Além disso, afirma que tal inversão criaria a paradoxal exigência de adiantamento de uma prova por parte do réu que poderá prejudicar a defesa de seus interesses, contrariando o postulado básico de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo[220].

Admitindo-se que o autor está isento do adiantamento dos honorários do perito e que não cabe ao réu tal ônus, nos termos do art. 33 do CPC, resta a pergunta: o perito deverá trabalhar sem garantia de remuneração? Afirmo que não há garantia de remuneração, porque a isenção no pagamento das verbas de sucumbência, em caso de improcedência do pedido ou de sentença terminativa, naturalmente inclui os valores devidos a título de honorários periciais. Na melhor das hipóteses, caberá ao Estado arcar com os honorários ao final da demanda, e nesse caso o perito deve aguardar todo o tempo de duração do processo e depois ainda sofrer mais um tempo na difícil missão de executar a Fazenda Pública.

Em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça tinha, em meu entender, chegado a mais correta solução, mas pelo fundamento mais inadequado possível. Antevendo os problemas gerados pela isenção no adiantamento dos honorários periciais, ressaltando até mesmo uma inviabilidade na produção da prova técnica e, por consequência, frustração da tutela coletiva, o tribunal passou a determinar que, no tocante aos honorários periciais, a isenção expressamente prevista em lei não deveria ser admitida:

> "Processo civil. Ação civil pública. Honorários periciais. Ministério Público. art. 18 da Lei 7.347/1985. 1. Na ação civil pública, a questão do adiantamento dos honorários periciais, como estabelecido nas normas próprias da Lei 7.347/1985, com a redação dada ao art. 18 da Lei 8.078/1990, foge inteiramente das regras gerais do CPC. 2. Posiciona-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários advocatícios, seguindo a regra de que na ação civil pública somente há condenação em honorários quando o autor for considerado litigante de má-fé. 3. Em relação ao adiantamento das despesas com a prova pericial, a isenção inicial do MP não é aceita pela jurisprudência de ambas as turmas, diante da dificuldade gerada pela adoção da tese. 4. Abandono da interpretação literal para impor ao *parquet* a obrigação de antecipar honorários de perito, quando figure como autor na ação civil pública. Precedentes.5. Recurso especial não provido" (STJ – REsp 891.743/SP – Segunda Turma – j. 13.10.2009 – *DJE* 04.11.2009)[221].

Não posso concordar com o "abandono da interpretação" literal dos arts. 87 do CDC e 17 da LACP, até porque os honorários periciais constituem uma das principais despesas a serem adiantadas pelas partes, não tendo qualquer sentido lógico ou jurídico a sua exclusão da isenção legal. Por outro lado, não se pode exigir o trabalho gratuito do perito, nem mesmo o exercício de seu labor mediante uma suspeita expectativa de algum dia receber pelo trabalho prestado.

Entendo que, se a lei oferece a gratuidade, quem deve arcar com verbas, tal como a dos honorários periciais, é o Estado, justamente o responsável pela criação da gratuidade. Colocar uma prerrogativa criada por lei em favor da parte autora da ação coletiva nas costas do perito não parece razoável, tanto quanto não é razoável simplesmente afastar no caso concreto o tratamento diferenciado dispensado pela lei. Daí porque sempre entendi que, em casos como esse, a gratuidade deve ser mantida e o ônus do adiantamento das verbas periciais deve ser arcado pelo Estado.

Nesse caso, inclusive, o Estado, sempre que possível, poderá fornecer o trabalho pericial por meio de seus órgãos especializados na matéria, somente sendo exigido o trabalho de peritos privados se não houver no caso concreto outra possibilidade. Interessante, nesse sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça, que tem trecho da ementa que diz respeito ao tema ora analisado:

> "Não concordando o perito nomeado em realizar gratuitamente a perícia e/ou aguardar o final do processo, deve o juiz da causa nomear outro perito, a ser designado entre técnicos de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova, devendo a perícia realizar-se com a colaboração do Judiciário"[222].

Basta imaginar um convênio do Poder Judicial com as Universidades públicas, que poderiam oferecer conhecimento suficiente para cobrir praticamente todas as perícias exigidas nas demandas coletivas. Os professores de cada matéria, em conjunto com alunos do último ano, por exemplo, poderiam realizar uma perícia judicial como trabalho de conclusão de curso ou algo assemelhado, com proveito a todos: os estudantes ganhariam experiência e seriam aprovados em seus cursos; o Estado não precisa desembolsar dinheiro para pagar a perícia; o processo certamente ganharia uma perícia de qualidade técnica insuspeita, devido a excelência dos professores e alunos.

De qualquer forma, entendia que por vias equivocadas chegava-se a uma conclusão aceitável no tocante ao adiantamento dos honorários periciais nas ações coletivas. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, modificou seu entendimento, passando a decidir que a lei deve ser aplicada, inclusive em sua interpretação literal, de forma a ser impossível exigir do autor o adiantamento dos honorários periciais.

> "Processual civil. Dano ao meio ambiente. Ministério Público autor da ação civil pública. Adiantamento de honorários periciais. Responsabilidade do requerente. 1. Em recente julgado, a divergência existente quanto à responsabilidade do Ministério Público, enquanto autor da ação civil pública em relação ao adiantamento dos honorários periciais, foi superada. A Segunda Turma, no julgamento do REsp 933.079-SC, posicionou-se no mesmo sentido que a Primeira Turma (REsp 933.079/SC – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – Rel. p/Acórdão Min. Eliana Calmon – j. 12.02.2008 – *DJE* 24.11.2008). 2. Não deve o Ministério Público, enquanto autor da ação civil pública, adiantar as despesas relativas a honorários periciais, por ele requerida. Contudo, isso não permite que o juízo obrigue a outra parte a fazê-lo. Embargos de divergência parcialmente providos" (STJ – EREsp 733.456/SP – Primeira Seção – Rel. Min. Humberto Martins – j. 24.02.2010 – *DJE* 29.04.2011).

Reforçando o entendimento de que o réu não pode ser obrigado a arcar com o adiantamento dos honorários periciais e que também não cabe ao autor o adiantamento de tal verba, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de amparado em premissas corretas, conclui pelo impasse que só poderá ser resolvido com o sacrifício do perito. Apesar de ser dever a prestação do serviço pericial em juízo, e não apenas uma faculdade, exigir a prestação do serviço nessas condições afronta qualquer regra de razoabilidade.

Outra solução possível ao impasse, inclusive reconhecida por decisão do Superior Tribunal de Justiça, seria retirar o valor para o adiantamento das verbas sucumbenciais do Fundo de Direito Difusos, previsto no art. 13 da LACP[223]. O dinheiro, portanto, seria retirado do FDD e entregue ao perito para a elaboração de seu trabalho, sendo o retorno desse dinheiro ao FDD determinado pelo resultado do processo.

Sendo o pedido julgado procedente, os réus serão condenados ao pagamento das custas e despesas processuais, no que estão incluídos os honorários periciais, de forma que o dinheiro retornará (ao menos potencialmente) ao FDD. Por outro lado, sendo o pedido julgado improcedente

ou havendo extinção do processo sem a resolução do mérito, o FDD arcará definitivamente com o prejuízo.

Registre-se, por fim, o teor da Resolução 127 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o pagamento de honorários de perito, tradutor e intérprete, em casos de beneficiários da justiça gratuita. No art. 1º, há recomendação dirigida aos tribunais para que destinem, sob rubrica específica, parte do seu orçamento ao pagamento desses honorários. Contudo, o mesmo dispositivo menciona "parte sucumbente", dando a entender que o pagamento se realize sempre após o final do processo.

A meu ver, por se tratar de outra espécie de gratuidade, as normas consagradas na Resolução 127 do CNJ são inaplicáveis ao processo coletivo. Considero, entretanto, que o espírito da resolução possa ser considerado por nossos tribunais nessa espécie de processo, reforçando-se a ideia de ser o Estado o responsável pelo adiantamento e/ou pagamento das verbas periciais em qualquer espécie de gratuidade.

11.7.3. Condenação em verbas de sucumbência

Conforme analisado no item anterior, os autores da ação coletiva têm em seu favor a dispensa do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, regra que não se confunde com a isenção no tocante à condenação em verbas de sucumbência, consagrada nos arts. 87, do CDC, e arts. 17 e 18 da LACP. No primeiro caso, a isenção é para adiantamento durante o processo para a prática de atos processuais, enquanto no segundo diz respeito à isenção de condenação, ao final do processo, nas verbas de sucumbência, na hipótese de sentença de improcedência ou terminativa.

Segundo previsão do art. 87, *caput*, do CDC, a associação autora só será condenada ao pagamento de honorários de advogados, custas e despesas processuais quando for comprovada má-fé. A mesma regra é repetida no art. 18 da LACP. No art. 87, parágrafo único do CDC e art. 17 da LACP há previsão de que, constatada a má-fé da associação autora, além da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, também será condenada ao pagamento do décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Como se pode notar, há repetição desnecessária entre as regras existentes no núcleo duro do microssistema coletivo, que podem ser assim resumidas: sendo sucumbente a associação autora e não demonstrada a má-fé na propositura da ação, não há condenação em honorários advocatícios, custas e despesas processuais; comprovada a má-fé, a associação autora e os dirigentes responsáveis pela propositura da ação serão condenados ao pagamento dessas verbas, apenados com o pagamento do décuplo das custas, e ainda poderão responder por perdas e danos.

A justificativa para as consequências previstas em lei diante de ação coletiva proposta com má-fé é evidente:

> "Fácil reconhecer que a intenção do legislador é evitar o desvirtuamento dessas ações coletivas: teme-se que elas venham propostas com espírito emulativo, mal dissimulando intenções de cunho político ou de vingança pessoal. Em tais casos, o interesse público ficaria duplamente desservido: a ação civil pública se prestaria para fins escusos ou valores subalternos, permanecendo desprotegido o interesse metaindividual que deveria ser o *leit motiv* da ação"[224].

A condenação em razão de má-fé deve ser bem entendida, até porque, aplicada indistintamente, poderá afastar autores das ações coletivas, o que deve ser sempre analisado com extremo cuidado.

Existe corrente doutrinária que defende que a propositura de lide temerária, por autor que não tenha tomado cuidados medianos para a propositura da ação, já deve ser considerada como propositura com má-fé, passível da sanção processual[225]. Inclusive, a primitiva redação do art. 17, *caput*, da LACP previa a "pretensão manifestamente infundada" como causa para a aplicação da sanção.

Não parece ser a solução mais adequada, até porque a má-fé exigida pelos dispositivos legais ora analisados parece se referir à atitude objetivamente pensada de utilização da ação coletiva com o único e exclusivo objetivo de gerar um prejuízo injustificado ao réu. O dolo, portanto, afigura-se indispensável. O que se pune é o autor doloso, e não o desidioso ou ignorante, que, mesmo sem qualquer objetivo escuso, ingressa com ação coletiva sem qualquer possibilidade de ter seu pedido acolhido. Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "Processual civil. Ação civil pública. Ministério Público. Desnecessidade de Prévio Inquérito Civil. Honorários advocatícios indevidos. Lei 7.347/1985 (arts. 8.º, 9.º e 17). Súmula 7/STJ. 1. Compete ao Ministério Público facultativamente promover, ou não, o inquérito civil (§ 1.º, art. 8.º, Lei 7.347/1985), procedimento administrativo e de caráter pré-processual, com atos e procedimentos extrajudiciais. Não é, pois, cogente ou impositivo, dependendo a sua necessidade, ou não, das provas ou quaisquer elementos informativos precedentemente coligidos. Existindo prévia demonstração hábil para o exercício responsável da ação civil pública, o alvitre do seu ajuizamento, ou não, é do Ministério Público, uma vez que o inquérito não é imprescindível, nem condição de procedibilidade. A decisão sobre a dispensa, ou não, está reservada ao Ministério Público, por óbvio, interditada a possibilidade de lide temerária ou com o sinete da má-fé. 2. Existente fundamentação razoável, vivificados os objetivos e funções do órgão ministerial, cuja participação é reputada de excepcional significância, tanto que, se não aparecer como autor, obrigatoriamente, deverá intervir como *custos legis* (§ 1.º, art. 5.º, ref.), não se compatibiliza com o espírito da lei de regência, no caso da improcedência da ação civil pública, atribuir-lhe a litigância de má-fé (art. 17, Lei ant., c/c o art. 115, Lei 8.078/1990), com a condenação em honorários advocatícios. Demais, no caso, a pretensão não se mostra infundada, não revela propósito inadvertido ou clavado pelo sentimento pessoal de causar dano à parte ré ou que a ação resultante de manifestação sombreada por censurável iniciativa. Grampea-se que a litigância de má-fé sempre reclama convincente demonstração. 3. Recurso parcialmente conhecido e provido para derruir a condenação nos honorários advocatícios" (STJ – REsp 152.447/MG – Primeira Turma – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – j. 28.08.2001 – *DJ* 25.02.2002).

Questão interessante diz respeito à abrangência dos dispositivos legais mencionados, porquanto neles existe apenas a previsão de isenção da associação autora no pagamento das verbas sucumbenciais. E os demais autores, também gozariam da mesma prerrogativa?

Para parcela doutrinária, a isenção só aproveita à associação, por expressa previsão legal, e aos sindicatos e às corporações semelhantes, por aplicação extensiva:

> "Os legitimados desprovidos de personalidade jurídica (como o Ministério Público e órgãos estatais de defesa de interesses transindividuais, sem personalidade jurídica própria) responsabilizam a entidade a que pertencem; os demais legitimados (pessoas jurídicas de direito público, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista) arcam com os encargos da sucumbência, ressalva feita à situação especial das associações civis, já examinadas acima"[226].

Por outro lado, há corrente doutrinária que defende ser a regra aplicável a todo e qualquer legitimado ativo, e não somente às associações ou corporações assemelhadas[227]. Parece ser esse também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "Agravo regimental em embargos de declaração em recurso especial. Ação civil pública. Honorários advocatícios. Arts. 22 E

24 da Lei 8.906/1994. Ausência de prequestionamento. Enunciado 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Condenação do Ministério Público. Ausência de má-fé. Impossibilidade. Precedentes. 1. Os dispositivos apontados como violados no recurso especial não foram objeto de decisão pelo Tribunal *a quo*, ressentindo-se, consequentemente, do indispensável prequestionamento, cuja falta inviabiliza o conhecimento da insurgência especial, a teor do que dispõe o Enunciado 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Esta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que, nos casos em que a ação civil pública proposta pelo Ministério Público for julgada improcedente, somente haverá condenação ao pagamento de honorários advocatícios quando comprovada a má-fé do órgão ministerial, que, na hipótese, não restou configurada (AgRgREsp 887.631/SP – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – *DJE* 28.06.2010; REsp 1.099.573/RJ – Rel. Min. Castro Meira – *DJe* 19.05.2010; EREsp 895.530/PR – Rel. Min. Eliana Calmon – *DJE* 18.12.2009; REsp 764.278/SP – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – *DJE* 28.05.2008; e REsp 896.679/RS – Rel. Min. Luiz Fux – *DJE* 12.05.2008). 3. Agravo regimental improvido" (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 1.120.390/PE – Primeira Turma – j. 28.09.2010 – *DJE* 22.11.2010).

Realmente, parece ser o entendimento mais razoável diante do princípio da isonomia, que deve nortear tanto as isenções como as sanções previstas nos arts. 87, *caput* e 17 da LACP.

Note-se mais uma vez que a regra de isenção do pagamento das verbas de sucumbência, excepcionada a hipótese de má-fé, tem como justificativa incentivar a propositura de ações coletivas, de forma que só deve ser aplicada aos autores. Sendo julgado o processo procedente, caberá normalmente a condenação do réu ao pagamento de todas as verbas de sucumbência.

Com relação ao afirmado, surge uma interessante hipótese quando o autor é o Ministério Público. Nesse caso, também caberia a condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios, quando a capacidade postulatória no caso concreto não decorre de atuação de advogado na demanda, mas de um promotor de justiça?

Segundo Hugo Nigro Mazzilli:

"Se o Ministério Público for vitorioso na ação civil pública por ele movida, o réu será condenado nos encargos de sucumbência, excluída, porém, a verba honorária. Primeiro, porque, conforme o art. 22 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), os honorários advocatícios, fixados em decorrência da sucumbência, constituem direito autônomo do advogado e, no caso não haveria porque cobrar honorários advocatícios do réu sucumbente, se ação não foi movida por advogado; em segundo, porque são indevidos honorários advocatícios quer ao próprio Ministério Público quer a seus membros, que não desempenham atividade de advocacia em sua atuação; em terceiro, porque a verba honorária não poderia ir para o Estado ou seus procuradores, pois estes não propuseram ação e assim não haveria título jurídico que justificasse a condenação honorária sem que tivesse havido atividade de advocacia na promoção da ação; enfim, porque o custo social da atuação do Ministério Público em defesa dos interessados da coletividade não é pago pelas custas do processo, e sim pelos impostos gerais suportados pela população"[228].

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"ACP. Honorários advocatícios. MP. Na ação civil pública (ACP) movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/1985. Segundo este Superior Tribunal, em sede de ACP, a condenação do MP ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *Parquet* beneficiar-se de honorários quando for vencedor na ACP. Precedentes citados: AgRg no REsp 868.279/MG – *DJE* 06.11.2008; REsp 896.679/RS – *DJE* 12.05.2008; REsp 419.110/SP – *DJ* 27.11.2007; REsp 178.088/MG – *DJ* 12.09.2005; e REsp 859.737/DF – *DJ* 26.10.2006" (EREsp 895.530/PR – Primeira Seção – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 26.08.2009 – *Informativo* 404).

Entendo plenamente as razões para que não haja condenação nesse caso, em especial à luz das previsões constantes no Estatuto da OAB e que regulamentam o FDD (Fundo de Direito Difusos). *De lege ferenda*, entretanto, seria interessante a previsão expressa no sentido de condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do FDD, o que, em última análise, aproveitaria a

toda a coletividade ofendida pelo ato praticado pelo réu sucumbente.

O Projeto de Lei 271/2012 se preocupou com a condenação em honorários em favor de associação autora de ação coletiva. O art. 87, § 2º, prevê que tendo sido complexo o trabalho do profissional, os honorários não poderão ser arbitrados em valor inferior a vinte por cento do valor da condenação e, não sendo possível aplicar essa regra no caso concreto, o valor deve ser arbitrado pelo juiz observando-se os critérios da proporcionalidade e razoabilidade. Mais inovador é certamente o § 3º, ao prever que, havendo relevante interesse público, direta ou indiretamente satisfeito pela demanda movida pela associação, o juiz, além da condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios, poderá fixar uma compensação financeira a ser suportada pelo réu, novamente observados os critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

11.8. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

11.8.1. Conceito de liquidez e obrigações liquidáveis

Liquidar uma sentença significa determinar o objeto da condenação, permitindo-se assim que a demanda executiva tenha início com o executado sabendo exatamente o que o exequente pretende obter para a satisfação de seu direito. Apesar de ser pacífico na doutrina esse entendimento, há uma séria divergência a respeito de quais as obrigações podem efetivamente ser liquidadas.

Segundo a corrente ampliativa, a liquidação poderá ter como objeto qualquer espécie de obrigação, sendo possível liquidar a obrigação de fazer, não fazer, de entrega de coisa e de pagar quantia certa[229]. Outra corrente doutrinária entende serem excluídas do âmbito da liquidação algumas espécies de obrigação que materialmente não podem ser liquidadas, porque, sendo a certeza da obrigação precedente à liquidez, o que faltará a essas obrigações é a certeza, e não a liquidez. Tal circunstância se verifica nas obrigações de fazer e não fazer, porque a certeza de uma obrigação dessa espécie é justamente indicar o que deve ser feito ou o que deve deixar de ser feito[230].

Tratando-se de obrigação alternativa ou de entregar coisa incerta, ao título executivo não faltará propriamente liquidez, tanto que a demanda executiva poderá ser imediatamente proposta. A individualização do bem, disciplinada pelos arts. 629 a 631 do CPC, desenvolver-se-á por meio de um procedimento incidental na própria demanda executiva, sem que se confunda com a liquidação de sentença. Fenômeno similar ocorre na obrigação alternativa de entrega de coisa certa, na qual não se fará necessária a liquidação de sentença, mas a especificação do bem a ser entregue ao exequente (art. 571 do CPC). Por outro lado, na hipótese contemplada pelo art. 286, I, do CPC (demanda que tenha como objeto uma universalidade de bens), parece correto concluir pela necessidade de liquidação, ainda que se trate de obrigação de entrega de coisa.

Para a corrente doutrinária restritiva, a liquidação de sentença é instituto processual privativo das obrigações de pagar quantia certa, inclusive como prevê a redação do art. 586 do CPC, que expressamente se refere a "cobrança de crédito", quando exige da obrigação certeza, liquidez e exigibilidade[231].

Interessante notar que o art. 603 do CPC, revogado pela Lei 11.232/2005, previa expressamente que a liquidação seria cabível para determinar o valor ou para individualizar o objeto da

condenação, o que levou parcela significativa da doutrina a entender que, por uma opção legislativa, a liquidação atingiria também as obrigações de entregar coisa, além das obrigações de pagar quantia certa. Chegou-se até mesmo a falar em liquidação própria para os créditos pecuniários e em liquidação imprópria para a hipótese de individualização de bens[232]. A redação do art. 603 do CPC, criticável por aparentemente confundir liquidez com incidente de concentração de obrigações, desapareceu com a revogação do dispositivo legal, sendo em seu lugar previsto, no art. 475-A, *caput*, do CPC, que a liquidação se dará exclusivamente quando a sentença não determinar o valor devido.

A modificação é elogiada por corrente doutrinária por limitar a liquidação ao valor da obrigação, o que naturalmente afasta desse instituto jurídico o incidente de escolha de bens ou de concentração de obrigações[233]. Concordo que a mudança foi positiva, pois impede que se confunda liquidação com outros fenômenos processuais, como o incidente de concentração de obrigação ou a escolha da coisa na obrigação de coisa incerta, mas excepcionalmente é possível a liquidação de obrigação de entrega de coisa, que não deve ser, *a priori*, excluída do âmbito da liquidação pela interpretação literal do art. 475-A, *caput*, do CPC. Tal circunstância se verifica na condenação ilíquida de pedido que tenha como objeto a entrega de uma *universalidade de bens* (art. 286, I, do CPC)[234].

Independentemente da interessante discussão acadêmica que se coloca sobre o tema, é evidente que, nas ações coletivas, a liquidação de sentença está invariavelmente – para não dizer sempre – voltada para as obrigações de pagar quantia certa.

11.8.2. Natureza jurídica da liquidação

Antes das alterações promovidas pela Lei 11.232/2005, a melhor doutrina afirmava que a liquidação de sentença poderia ser um processo autônomo ou um mero incidente processual, tudo a depender das circunstâncias concretas. Devendo-se realizar a liquidação de uma sentença, posteriormente à formação do título ao qual faltava a liquidez, entendia-se necessário o processo autônomo de liquidação, que temporalmente ficava entre o processo de conhecimento e o processo de execução. Seria a liquidação de sentença um mero incidente processual sempre que, durante a execução de uma obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa, a obtenção da tutela específica se tornasse impossível ou dela desistisse o demandante; nesse caso, haveria conversão em perdas e danos a ser realizada por meio de um mero incidente processual de liquidação. Também haveria liquidação incidental na apuração dos danos gerados por execução provisória ilegítima.

Não resta dúvida de que a nova roupagem da liquidação de sentença modificou substancialmente essa estrutura, em especial no tocante à extinção do processo autônomo de liquidação. O legislador, atento aos reclamos da melhor doutrina, dentro do ideal de sincretismo processual que norteou a Lei 11.232/2005, extinguiu de forma definitiva o processo autônomo de liquidação de sentença, que passa a ser sempre uma mera fase procedimental. Importante registrar que, para parcela da doutrina, a liquidação de sentença continua a se desenvolver por meio de uma ação, mas agora incidental ao processo em que foi proferida a sentença ilíquida.

Deve-se atentar para o previsto no art. 475-N, parágrafo único, do CPC, o qual prevê que, sendo o título executivo uma sentença penal condenatória, sentença arbitral ou homologação de sentença

estrangeira, o demandado será citado para a execução ou para a liquidação. Para alguns doutrinadores, esse dispositivo legal é suficiente para que se reconheça a manutenção, ainda que limitado a esses casos, do processo autônomo de liquidação. Não me parece, entretanto, correto tal entendimento.

É natural que, sendo exigida a citação do demandado, o legislador deixe claro que, por meio do pedido de liquidação, se dará vida a um novo processo, mas isso não é suficiente para concluir que ele seja um processo autônomo de liquidação. Explica-se. A liquidação nesse caso é a primeira fase procedimental de um processo que não se extingue com a definição do *quantum debeatur*, porque após essa definição se passará à fase de cumprimento de sentença. O processo, portanto, não é de liquidação, ao menos não é somente de liquidação, é de liquidação e de execução, processo sincrético, portanto.

Veja-se que o fato de a fase de liquidação ter sido ou não precedida por uma fase de conhecimento é irrelevante, porque não é a primeira fase do processo que determina a sua natureza. Somente na excepcional hipótese de essa fase de liquidação ser extinta por sentença que não permita o seu cumprimento estar-se-á diante de genuíno processo autônomo de liquidação, mas, como não se pode definir a natureza de um fenômeno levando-se em conta sua frustração, parece mais adequado o entendimento de que o processo autônomo de execução não existe mais.

Não há qualquer motivo razoável para que essa realidade não seja aplicável à liquidação de sentença coletiva. Ainda que seja necessária a extração de cópia da sentença para o ingresso de liquidações individuais, essa liquidação terá natureza jurídica de procedimento, com a distribuição livre do requerimento inicial apresentado pelo indivíduo beneficiado pela sentença coletiva. A necessidade de formação de novos autos no juízo em que tramitará a liquidação não prejudica em absolutamente nada a conclusão ora defendida, até porque a distinção entre processo e autos é conquista antiga da ciência processual. Novos autos, mesmo processo, nada inovador ou revolucionário.

11.8.3. Legitimidade ativa

Já foi devidamente visto que a liquidação tem como objetivo fixar o *quantum debeatur*, sendo uma complementação da atividade cognitiva já iniciada com a condenação do réu. Não tem a liquidação qualquer função expropriatória, reservada ao momento de cumprimento da sentença. O interesse em obter o valor exato da condenação não é exclusivo do autor, que naturalmente terá tal interesse para que possa dar início ao cumprimento de sentença. Também o réu condenado tem interesse na liquidação, considerando-se que, ciente do valor exato de sua dívida, poderá quitá-la ou oferecer uma transação com base mais concreta[235].

Sendo de interesse tanto do vencedor como do vencido a fixação do valor da condenação, não resta nenhuma dúvida de que, ao menos como regra, tanto o credor como o devedor – assim reconhecidos no título executivo – têm legitimidade ativa para dar início à fase procedimental de liquidação de sentença. Essa constatação, inclusive, resta inalterada em virtude da revogação do art. 570 do CPC, que tratava de uma pseudolegitimação ativa para a execução do devedor, fenômeno processual entendido pela melhor doutrina como uma espécie de consignação em pagamento[236]. Insista-se que execução e liquidação são institutos diferentes e, ainda que revogada a legitimidade

ativa do devedor para aquela, não se pode concluir pela vedação à propositura da liquidação da sentença por ele.

Deveria ser a liquidação de sentença oferecida pelo réu condenado em sentença coletiva considerada uma ação coletiva passiva, ou mais precisamente, uma fase procedimental coletiva passiva?

Antes propriamente de responder a tal pergunta, é importante bem se compreender o significado de processo coletivo passivo. A definição do conceito dessa espécie de processo não tem chamado a devida atenção dos estudiosos sobre o tema, mas parece ser imprescindível como premissa de qualquer conclusão a seu respeito.

Como bem apontado por parcela da doutrina que enfrentou o tema, antes de se partir para uma definição dos aspectos processuais, é preciso notar que o processo coletivo passivo deriva de uma relação jurídica de direito material da qual resultem situações jurídicas passivas coletivas *lato sensu*[237]. Dessa forma, quando numa relação jurídica de direito material existir um dever da coletividade, de uma comunidade ou mesmo de um grupo de indivíduos, será possível se falar em dever coletivo. O mesmo ocorre com o estado de sujeição, também considerado classicamente uma situação jurídica passiva.

O processo coletivo passivo, portanto, é o processo no qual se discute esse dever ou estado de sujeição coletivo. A conceituação é importante porque afasta do âmbito do processo coletivo passivo pretensões meramente declaratórias que têm como objeto um direito coletivo, ainda que se possa imaginar nesse caso uma coletividade ou comunidade representadas – ou substituídas processualmente – no polo passivo. Definir-se quem será autor ou réu, ainda mais numa ação dúplice como é o caso da ação meramente declaratória, não é o suficiente para se determinar a espécie de processo coletivo – ativo ou passivo. O que interessa é a situação jurídica de direito material que forma o objeto do processo.

Uma empresa mover uma ação e colocar o Ministério Público como réu para ver declarado que em seu projeto de construção respeitou as normas ambientais[238] não parece ser um exemplo de processo coletivo, porque nesse caso o que se busca é a declaração de que um direito difuso não foi e nem será violado. A simples circunstância da coletividade em tese ocupar, por meio do Ministério Público (ou qualquer outro sujeito processual), o polo passivo da demanda não representa existir nesse caso um processo coletivo passivo.

Numa ação em que se busca a mera declaração de inexistência de direito coletivo *lato sensu*, apesar das dificuldades procedimentais a habitar sua existência, não se estaria diante de um genuíno processo coletivo passivo[239]. Ou ainda no pedido de declaração de empresa de regularidade na instalação de filtros antipoluição[240]. Na feliz expressão doutrinária, nesse caso estar-se-á diante de uma *ação coletiva às avessas*[241], ou seja, uma ação coletiva ativa iniciada pelo sujeito que deveria ser réu, mas antecipando-se, busca uma certeza jurídica figurando no polo ativo.

Entretanto, existem outros exemplos mais felizes de situações jurídicas passivas coletivas, como o dever de uma associação de moradores de bairro em liberar a passagem das vias públicas indevidamente interditadas para a criação de pseudocondomínios fechados, o dever da OAB de não distribuir adesivos aos advogados que de alguma forma ofendam outras categorias profissionais[242], ou ainda o dever de todos respeitarem os direitos de um titular de patente[243]. Na Justiça do Trabalho

é indiscutível não só a existência de situações jurídicas passivas coletivas, sendo exemplo claro os interditos possessórios em razão de greve propostos contra Sindicatos, como também a admissão de processo duplamente coletivo nesse caso, envolvendo sindicatos de empregadores e empregados, como no dissídio coletivo, e mesmo o Ministério Público contra Sindicatos com o objetivo de manter os serviços essenciais em casos de greve[244].

Ainda seguindo a lição doutrinária que parece ser a mais adequada ao conceito de processo coletivo passivo[245], a constatação de que a espécie de processo coletivo – ativo ou passivo – deriva da relação jurídica de direito material, cria interessante situações quando se analisa o caso concreto à luz da natureza individual ou coletiva das situações jurídicas de direito material que cada parte defenderá em juízo. Admitindo-se as possíveis variações nas situações jurídicas defendidas por autor ou réu, é possível imaginar-se uma série de diferentes combinações.

A ação será inteiramente individual quando o autor defender um direito individual diante de alegado dever individual do réu, como ocorre, por exemplo, numa ação de cobrança de um banco qualquer diante de seu correntista. Na hipótese de um autor coletivo pleitear um direito coletivo *lato sensu* com a alegação de um dever individual descumprido por parte do réu, tem-se o processo coletivo ativo, classicamente admitido entre nós. A empresa que viola o meio ambiente e é acionada pelo Ministério Público é um entre os milhares de exemplos possíveis. A situação jurídica ativa (direito) é difusa, porque o meio ambiente equilibrado é direito de toda a coletividade, enquanto cada indivíduo é titular de uma situação jurídica passiva, consubstanciada no dever de não agredir o meio ambiente.

O processo coletivo passivo depende de uma situação jurídica coletiva passiva, mas de forma correlata a essa situação jurídica passiva é possível que exista tanto uma situação jurídica ativa individual como coletiva. No primeiro caso, tem-se um direito individual diante de um dever coletivo, como ocorre, por exemplo, no dever que todos têm de respeitar a patente do criador. Esse direito individual do criador da patente seria correlato ao dever da coletividade em não praticar atos que agridem tal direito. No direito americano trata-se das unilaterais *defendant class actions*. No segundo caso, tem-se um direito coletivo diante de um dever coletivo, como ocorre, por exemplo, na pretensão de um grupo de lojistas diante de um grupo de fornecedores. No direito americano trata-se das bilaterais *class actions* ou *double-edged class actions*.

Por outro lado, são dados outros exemplos pela doutrina de ações que até poderiam ser compreendidas como espécies de processo coletivo, mas descrevendo relações jurídicas de direito material que atualmente são tuteláveis pelas técnicas da tutela individual. É o caso descrito da invasão de prédios públicos por membros do movimento organizado dos sem-teto ou de áreas pelo movimento organizado dos sem-terra[246], ou ainda a ação possessória contra o DCE (Diretório Central dos Estudantes) em razão de esbulho possessório de sede de reitoria[247].

Nesses casos é tradicional o ingresso de ação possessória fundada na tutela individual prevista no Código de Processo Civil, reconhecendo-se a existência de réus incertos e sua citação por edital[248]. O que se pretende deixar claro é que nessas situações, ainda que seja tecnicamente possível se falar em processo coletivo passivo, as técnicas atuais de tutela individual são suficientes para a tutela da situação jurídica.

A par dos intensos debates doutrinários a respeito da admissão ou não da chamada ação coletiva passiva, aparentemente a liquidação de sentença oferecida pelo réu da ação coletiva não deve ser

considerada uma ação coletiva passiva, considerando-se que nesse caso a liquidação funda-se no direito individual do réu de pagar o débito e no direito coletivo ou difuso dos beneficiados pela decisão. A hipótese, portanto, é de direito coletivo ou difuso e não de situação jurídica passiva difusa ou coletiva.

11.8.4. Competência

O vetado art. 97, parágrafo único, do CDC, além de prever a liquidação na forma de artigos, previa que a liquidação poderia ser promovida no foro do domicílio do liquidante. Lê-se das razões do veto: "Esse dispositivo dissocia, de forma arbitrária, o foro dos processos de conhecimento e de execução, rompendo o princípio da vinculação quanto à competência entre esses processos, adotado pelo Código de Processo Civil (art. 575) e defendido pela melhor doutrina. Ao despojar uma das partes da certeza quanto ao foro de execução, tal preceito lesa o princípio de ampla defesa assegurado pela Constituição (art. 5.º, LV)".

Se as razões do veto já eram sofríveis à época, atualmente o são ainda mais, pois o art. 575 do CPC, mencionado expressamente no veto, foi tacitamente revogado pelo art. 475-P, do CPC, com especial destaque para o parágrafo único do dispositivo.

A regra de que deve existir obrigatoriamente uma vinculação no mesmo juízo da atividade cognitiva e executiva é fundada em uma crença, que, durante muito tempo e de maneira absolutamente equivocada, foi considerada como verdade absoluta pelo legislador: o melhor juízo para executar uma sentença é aquele que a formou. Essa crença, entretanto, foi afastada – ao menos parcialmente – com a nova disposição contida no parágrafo único do art. 475-P do CPC.

O mandamento contido no art. 575, II, do CPC era de *competência funcional*, portanto absoluta[249], apresentando-se como justificativa da vinculação obrigatória de que o juízo formador do título executivo seria o mais apto a executá-lo. A vinculação do mesmo juízo entre o processo de conhecimento e o de execução estaria fundada, portanto, na expectativa de uma melhor qualidade na prestação da tutela jurisdicional no processo executivo. A aplicação do dispositivo legal, entretanto, nem sempre confirmava essa expectativa; muitas vezes, inclusive, funcionava contra a qualidade da prestação jurisdicional executiva.

A realidade mostrou que muitas vezes a prática de atos materiais executivos é dificultada em virtude de tal vinculação, mostrando-se muito mais lógico e eficaz permitir que o processo executivo seja proposto no local onde se encontram os bens que servirão de garantia ao pagamento do crédito exequendo, no local em que está a coisa objeto da execução, ou, ainda, no local em que a obrigação de fazer deva ser cumprida. Tratando-se a execução de atividade desenvolvida basicamente pela prática de atos materiais que buscam a satisfação do direito do demandante, o ideal é que a competência executiva seja do foro do local em que tais atos devam ser praticados.

Sensível a essa realidade, o legislador, apesar de manter a regra de que o juízo competente para a execução da sentença é aquele que a formou, criou com a Lei 11.232/2005 uma regra de competência concorrente entre esse juízo, o foro onde se encontram bens sujeitos às contrições judiciais e, ainda, o foro do atual domicílio do executado. A modificação deve ser aplaudida porque a natureza absoluta da competência do juízo que formou o título nunca foi garantia de qualidade da

prestação jurisdicional, o que, na realidade, somente pode ser determinado em uma análise do caso concreto, em especial à luz das facilidades ao exequente na busca da satisfação do seu direito[250].

Entretanto, a questão que permanece inalterada diz respeito à competência para a liquidação de sentença, que continua a ser atividade cognitiva, não se confundindo por essa razão com a atividade executiva, que só terá lugar no momento procedimental do cumprimento de sentença. Minha crítica ao mencionado veto foi confundir a liquidação com a execução, o que constitui erro primário e contamina indevidamente a conclusão do raciocínio.

Em termos de direito individual, entendo que a competência para a liquidação de sentença se resolve de tal maneira: (i) tratando-se de liquidação incidental em execução – fase de satisfação de sentença ou processo autônomo –, é natural que seja competente para conhecer da liquidação o próprio juízo no qual já tramita a demanda executiva; (ii) tratando-se de liquidação que dá início a processo sincrético que buscará ao final a satisfação do direito do demandante, este deverá fazer um exercício de abstração, determinando qual seria o órgão competente para a execução daquele título caso não fosse necessária a liquidação; (iii) tratando-se de liquidação entre a fase de conhecimento e a fase de execução, haverá *competência absoluta* – de **caráter funcional** – do juízo que proferiu a sentença ilíquida, não se aplicando ao caso o permissivo do art. 475-P, parágrafo único, do CPC[251].

A existência de foros concorrentes para o cumprimento de sentença busca facilitar a satisfação do direito, nada tendo a ver com a liquidação da sentença, entendida como atividade cognitiva integrativa da sentença genérica proferida no encerramento da primeira fase de natureza cognitiva. É natural, portanto, que, havendo entendimento corrente no sentido de que a sentença ilíquida que condena e a decisão da liquidação completam um todo – tanto é assim que, em regra, haverá uma só decisão, com a exata determinação do *an debeatur* e do *quantum debeatur* –, o juízo que exerceu a função judicante nessa primeira fase de solução da lide automaticamente se tornará competente para a segunda fase, em nítida ocorrência de competência funcional[252].

Entendo que o mesmo raciocínio deve ser aplicado à execução coletiva de sentença coletiva genérica. Nesse caso, ainda que a execução se mostre mais adequada em um dos foros previstos pelo art. 475-P, parágrafo único, do CPC, não existe qualquer razão para admitir a liquidação da sentença em outro juízo que não aquele que formou o título executivo. O raciocínio, insisto, é exatamente o mesmo da tutela individual.

Na liquidação individual da sentença coletiva genérica, entretanto, a regra deve ser outra em razão das particularidades dessa espécie de liquidação. Primeiro, que a vantagem de ter o mesmo juízo nas fases de conhecimento e de liquidação de sentença não existe no caso apresentado, considerando-se que na liquidação imprópria o juízo não se limitará a fixação do *quantum debeatur*, também analisando a titularidade do direito, o que dependerá de uma análise individualizada da situação do liquidante. Por outro lado, há vantagens práticas inegáveis em admitir a liquidação no foro do indivíduo: (i) para o indivíduo facilita a propositura da liquidação, em nítido atendimento do princípio do acesso à ordem jurídica justa; (ii) para o Estado, evita-se a concentração em um mesmo juízo de quantidade considerável de liquidações individuais, o que poderia até mesmo inviabilizar o andamento dos processos nesse cartório[253].

Nas palavras da melhor doutrina:

> "Não há dúvida, portanto, de que o domicílio do liquidante seja o foro de competência mais favorável para o consumidor

lesado (art. 6º, VII, VIII, do CDC). Além de garantir o pleno e efetivo acesso à justiça, viabiliza a distribuição das ações de liquidação individuais entre vários juízos, não sobrecarregando um único que julgou a ação coletiva, que se veria atrelado às centenas ou até milhares de liquidações individuais e às execuções delas decorrentes"[254].

Pelas razões expostas, deve ser elogiado o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, no sentido de admitir como competente para a liquidação individual da sentença coletiva o foro do domicílio do liquidante[255].

11.8.5. Espécies de liquidação de sentença

Segundo previsão do Código de Processo Civil, existem três espécies de liquidação de sentença: (a) por mero cálculo aritmético; (b) por arbitramento; e (c) por artigos. Como é entendimento uníssono na melhor doutrina, o mero cálculo aritmético não gera propriamente uma liquidação de sentença, porque a liquidez da obrigação não depende da determinação de seu valor no título, mas de sua mera determinabilidade. Dessa forma, sendo possível chegar ao valor devido por mero cálculo aritmético, a obrigação de pagar contida na sentença popular já será líquida, habilitando-se os legitimados a dar início ao cumprimento de sentença. De qualquer maneira, na lei estão previstas três espécies de liquidação de sentença.

Os únicos dispositivos do CDC que mencionam a liquidação de sentença coletiva estão concentrados no capítulo que trata das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, nada havendo em termos de previsão legal quanto aos direitos difusos e coletivos. Nas demais leis que compõem o microssistema coletivo não há preocupação com a regulamentação da liquidação de sentença.

Entendo que essa opção legislativa tenha razão de ser, considerando-se não haver realmente qualquer especialidade procedimental nas liquidações de sentença proferidas em ações que versam sobre direitos difusos e coletivos. O interesse maior, portanto, fica por conta da liquidação das sentenças coletivas que tenham como objeto direito individual homogêneo, que só tem tutela legal no Código de Defesa do Consumidor.

Havendo sentença de procedência ilíquida em ação coletiva que verse sobre direito difuso e coletivo, a liquidação pode se dar por arbitramento, quando for necessária apenas a realização de uma prova pericial; ou por artigos, quando forem necessárias a alegação e a prova de um fato novo. Não há, na realidade, qualquer especialidade nesse tocante.

Na hipótese de direito individual homogêneo, existe debate doutrinário a respeito da espécie de liquidação. Ressalte-se que o art. 97, parágrafo único, do CDC indicava expressamente a liquidação por artigos, mas, como foi objeto de veto presidencial, não pode ser utilizado na solução do impasse.

Há corrente doutrinária que defende o cabimento de ambas as formas genuínas de liquidação existentes no sistema processual, tudo a depender das exigências do caso concreto. Para essa corrente, será possível tanto determinar o valor mediante a simples produção de uma prova pericial – liquidação por arbitramento – ou pela produção de prova referente a fato novo – liquidação por artigos.

Prefiro o entendimento contrário, no sentido de que a liquidação será necessariamente por artigos, sendo sempre indispensável a prova de fato novo. E essa exigência decorre da especial

natureza da liquidação de sentença nesse caso, que inclusive leva a melhor doutrina a defender ser tal liquidação uma forma de "liquidação imprópria". Nesse sentido:

> "Acreditamos que, nesse caso, conforme já afirmado, a liquidação será sempre por artigos, tendo em vista que haverá sempre fato novo a ser demonstrado e provado, pois o indivíduo terá que comprovar o nexo de causalidade entre o dano genérico, a cuja reparação foi condenado o réu na ação condenatória e o prejuízo sofrido por ele individualmente, vez que, sem demonstrar isso, não terá legitimidade para promover a liquidação"[256].

É até possível defender, diante das razões do veto, que, mesmo diante do veto presidencial ao art. 97, parágrafo único, do CDC, a regra referente à espécie de liquidação sobreviveu implicitamente. A norma tratava da espécie de liquidação e da competência, sendo que as razões do veto limitaram-se a críticas quanto a parte da regra que tratava da competência, não havendo qualquer menção à expressa previsão da forma de artigos como a mais adequada à liquidação de sentença.

11.8.6. Direito difuso e coletivo

Nas ações de direito difuso e coletivo, é plenamente possível que o pedido seja certo e determinado, sendo nesse caso aplicável o art. 459, parágrafo único, do CPC, que limita a sentença genérica aos pedidos indeterminados, de modo que, sendo determinado o pedido elaborado pelo autor da ação coletiva o juiz será obrigado a proferir sentença líquida. O sistema processual busca evitar a liquidação de sentença, na medida do possível, como forma de garantir um processo mais rápido, com a dispensa de uma fase somente para aferir o *an debeatur* e outra para a fixação do *quantum debeatur*, e não há qualquer razão lógica ou jurídica para tal raciocínio deixar de ser aplicado nas ações coletivas.

A possibilidade de o pedido ser feito de forma determinada, entretanto, não obriga o autor da ação coletiva nesse sentido, sendo possível o pedido genérico nos termos do art. 286, II, do CPC. Nesse caso, se proferida uma sentença ilíquida, como admitido em lei, far-se-á necessária a fase de liquidação de sentença, mas, justamente por não ter qualquer especialidade, seguirá a forma de arbitramento ou artigos, a depender das exigências do caso concreto.

11.8.7. Direito individual homogêneo

No tocante às ações coletivas que tenham como objeto um direito individual homogêneo, aparentemente a situação é outra. Ainda que materialmente possível a elaboração de um pedido determinado, tudo leva a crer que o pedido nesse tipo de ação seja genérico, até para que os indivíduos beneficiados com a decisão a liquidem no futuro para aferirem os danos individuais suportados por cada um deles. Conforme já afirmado, sendo o pedido indeterminado, admitir-se-á a prolação de sentença ilíquida.

A doutrina majoritária entende no sentido do texto, por vezes até mesmo afirmando que a sentença genérica é a única possível, nos termos do art. 95 do CDC[257]. Essa mesma doutrina, entretanto, lembra que na realidade a sentença genérica é apenas a regra, sendo admissível, ainda que excepcional, a prolação de sentença líquida:

> "Pense-se, por exemplo, em sentença que tenha condenado o Instituto de Previdência a pagar, a cada um dos aposentados, uma quantia específica, atualizada a partir de determinada data. Evidentemente, se a apuração do valor devido depender de mero cálculo, não terá lugar a ação de liquidação anterior à ação de execução, e o direito do credor deverá ser processado de acordo com o art. 475-B do CPC"[258].

Como a chamada "liquidação por mero cálculo aritmético" é uma pseudoliquidação, considerando-se ser a obrigação líquida sempre que possível determinar seu valor pelo mero cálculo, nesse caso não haverá propriamente uma liquidação de sentença[259].

Mesmo que admitida a excepcionalidade de uma sentença líquida, em regra a sentença será genérica e demandará uma fase de liquidação. Interessante notar que essa liquidação, a ser realizada pelos indivíduos que se beneficiaram da sentença coletiva, será mais ampla em termos de cognição do que uma tradicional liquidação de sentença. Tanto assim, que a doutrina chama tal liquidação de "liquidação imprópria".

A especialidade dessa espécie de liquidação é que a mesma não se limitará a revelar o valor do débito devido pelo réu em favor do autor, mas também deverá reconhecer a titularidade desse direito, única forma da sentença coletiva aproveitar ao indivíduo. Nesse sentido a melhor doutrina:

> "E não há dúvida de que o processo de liquidação da sentença condenatória, que reconheceu o dever de indenizar e nesses termos condenou o réu, oferece peculiaridades com relação ao que normalmente ocorre nas liquidações de sentença. Nestas, não mais se perquire a respeito do *an debeatur*, mas somente sobre o *quantum debeatur*. Aqui, cada liquidante, no processo de liquidação, deverá provar, em contraditório pleno e com cognição exauriente, a existência de seu dano pessoal e o nexo etiológico com o dano globalmente causado (ou seja, o *an*), além de quantificá-lo (ou seja, o *quantum*)"[260].

11.8.8. Liquidação individual das sentenças de direito difuso e coletivo

Conforme já afirmado, a liquidação coletiva da sentença genérica proferida em ação coletiva de direitos difusos e coletivos não tem qualquer especialidade. Ocorre, entretanto, que essa sentença também poderá ser utilizada por indivíduos que foram prejudicados pela mesma situação fático-jurídica que tenha levado o réu a ser condenado na ação coletiva. Nesse caso, haverá tantas liquidações individuais quantos forem os indivíduos nessa situação.

Note-se que nos direitos individuais homogêneos a ação coletiva é voltada para a prolação de uma sentença que seja aproveitada individualmente por cada indivíduo lesionado, daí ser uma consequência natural nesse caso o oferecimento de liquidações individuais. Como o objetivo é tutelar os indivíduos, a sentença é proferida com a missão de servir de título executivo, ainda que representativo de obrigação ilíquida, para todos os titulares do direito individual homogêneo.

Já nos direitos difusos e coletivos, o objetivo é tutelar a coletividade ou uma comunidade, de forma que a sentença é proferida para ser executada – e eventualmente liquidada – em favor dos titulares desses direitos. Significa que o benefício a indivíduos é somente residual, não sendo essa a preocupação da demanda judicial. Os indivíduos, portanto, poderão se aproveitar da sentença coletiva, como se nesse caso houvesse uma condenação implícita do réu a ressarci-los.

Nesse caso, a liquidação terá objeto cognitivo muito próximo das liquidações individuais de sentença fundada em direito individual homogêneo. Novamente caberá ao autor da liquidação provar não só o valor do dano, mas também a existência desse dano e a correlação entre o dano

individualmente suportado e a situação fático-jurídica reconhecida na sentença coletiva como fundamento da procedência.

11.9. EXECUÇÃO

11.9.1. Introdução

11.9.1.1. Processo de execução e cumprimento de sentença

O direito processual civil passou por significativa modificação no tocante ao sistema aplicado à execução dos títulos executivos judiciais em geral e à sentença civil em especial. De um sistema fundado na autonomia das ações, no qual a execução de sentença exigia um processo autônomo, temos atualmente o sistema do sincretismo processual, no qual se destaca a chamada ação sincrética, que se desenvolve por um processo dividido em duas fases sucessivas, a primeira de conhecimento e a segunda de execução.

Foi uma mudança que ocorreu paulatinamente, desde 1990[261], mas atualmente é reconhecida pela melhor doutrina que a execução do título executivo judicial ocorre em regra pelo cumprimento de sentença, mera fase procedimental posterior à prolação da sentença condenatória (para parcela da doutrina, executiva *lato sensu*). Somente de forma excepcional mantém-se a necessidade de processo autônomo de execução para satisfação de direito reconhecido em sentença judicial.

Uma das exceções é a execução de título executivo judicial contra a Fazenda Pública, que não foi afetada pela Lei 11.232/2005, de modo que continua a ser realizada por meio de processo autônomo. No entanto, essa exceção não se aplica à ação popular. Embora nessa ação o polo passivo seja composto por uma pessoa jurídica de direito público, esta não será legitimada passiva na execução, e assim não haverá uma execução contra a Fazenda Pública. O mesmo, entretanto, não se pode dizer de outras espécies de ação coletiva, nas quais é possível uma condenação da Fazenda Pública quando responsável pelo ato ilícito impugnado.

Seria inexplicável deixar de aplicar os avanços do sistema executivo à execução da sentença coletiva. É inegável que o sistema do cumprimento de sentença, consagrado definitivamente pela Lei 11.232/2005, facilita a satisfação do direito exequendo, e, com a relevância que tem os direitos tutelados coletivamente, ainda com maior razão admite-se a aplicação de um sistema que facilite sua efetiva tutela em fase executiva.

Portanto, não só a execução dar-se-á por meio de cumprimento de sentença, como será totalmente aplicável à execução de sentença coletiva o procedimento desse cumprimento, respeitando-se a previsão do art. 475-I do CPC. Sendo a obrigação exequenda de fazer ou não fazer, caberá ao juiz aplicar o art. 461 do CPC; sendo de entregar coisa, caberá a aplicação do art. 461-A do CPC e, finalmente, sendo de pagar quantia certa, caberá a aplicação dos arts. 475-J, L, 475-M e 475-R, do CPC. E, em qualquer caso, por mera fase procedimental, sem a necessidade de instauração de uma nova ação judicial.

Naturalmente que, tratando-se de título executivo extrajudicial, a execução coletiva continua a se desenvolver por meio de um processo autônomo, sem qualquer especialidade procedimental. Assim,

por exemplo, na execução de tradicional título executivo extrajudicial no âmbito da tutela coletiva, o termo de ajustamento de conduta, ou mesmo de decisões proferidas pelos Tribunais de Contas.

No Projeto de Lei 271/2012, o art. 90-I prevê a possibilidade de o juiz, no cumprimento de sentença coletiva, nomear pessoa qualificada, física ou jurídica, que atuará por sub-rogação, para fiscalizar e implementar atos executivos segundo as diretrizes fixadas por ele.

11.9.1.2. *Execução por sub-rogação e indireta*

Na execução por *sub-rogação*, o Estado vence a resistência do executado, substituindo sua vontade, com a consequente satisfação do direito do exequente[262]. Mesmo que o executado não concorde com tal satisfação, o juiz terá à sua disposição determinados atos materiais que, ao substituir a vontade do executado, geram a satisfação do direito. Exemplos classicamente lembrados são a penhora/expropriação; depósito/entrega da coisa; atos materiais que são praticados independentemente da concordância ou resistência do executado. E todos esses meios executivos por sub-rogação são aplicáveis na execução coletiva.

Registre-se, entretanto, um meio executivo por sub-rogação que parece ter tratamento diferenciado no âmbito da execução coletiva. Segundo o art. 649, IV, do CPC, os ganhos derivados do trabalho (salário, soldo, remuneração, honorários) são absolutamente impenhoráveis, abrindo-se uma exceção apenas na execução de verba alimentar, nos termos do art. 649, § 2º, do CPC.

Essa, entretanto, não é a única exceção, como equivocadamente é costume se afirmar. O art. 14, § 3º, da Lei 4.717/1965 prevê que, quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público. Como se pode notar, o dispositivo legal, ao admitir o desconto em folha, consequentemente afasta a impenhorabilidade do salário consagrada no art. 649, IV, do CPC.

Trata-se, inclusive, de meio executivo aplicável a toda espécie de ação coletiva, mesmo que a regra esteja consagrada apenas na Lei de Ação Popular. Vale-se para tal conclusão do microssistema coletivo.

Na *execução indireta*, o Estado não substitui a vontade do executado; pelo contrário, atua de forma a convencê-lo a cumprir sua obrigação, com o que será satisfeito o direito do exequente. O juiz atuará de modo a pressionar psicologicamente o executado para que ele modifique sua vontade originária de ver frustrada a satisfação do direito do exequente[263]. Sempre que a *pressão psicológica* funciona, é o próprio executado o responsável pela satisfação do direito; a satisfação será voluntária, decorrente da vontade da parte, mas obviamente não será espontânea, considerando-se que só ocorreu porque foi exercida pelo juiz uma pressão psicológica sobre o devedor.

Existem duas formas de execução indireta. A primeira consubstancia-se na ameaça de piorar a situação da parte caso não cumpra a obrigação, como ocorre com as *astreintes*, multa aplicável diante do descumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, ou ainda com a prisão civil na hipótese do devedor inescusável de alimentos. A segunda forma de execução indireta consubstancia-se na oferta de uma melhora na situação da parte caso ela cumpra sua obrigação, como ocorre no art. 652-A, parágrafo único, do CPC, que prevê um desconto de 50% no valor dos honorários advocatícios no caso de pagamento do valor exequendo no prazo de três dias da citação.

Apesar de lições tradicionais de direito estrangeiro, os termos "sanções premiadoras" ou "sanções premiais"[264], empregados para designar essa espécie de execução indireta, não parecem adequados porque, apesar de a ideia de prêmio concedido a quem cumpre a obrigação estar correta, não se pode confundir *sanção* com *pressão psicológica*.

Não obstante ser substancialmente igual a execução indireta na execução individual e coletiva, há ao menos uma diferença digna de nota e que merece um breve comentário.

As astreintes, certamente o meio executivo indireto mais importante do sistema, são aplicáveis tanto na execução individual como na coletiva, seguindo em ambas fundamentalmente as mesmas características. O tema referente à exigibilidade da multa, entretanto, recebe tratamento distinto.

Para parcela da doutrina, a multa é exigível a partir do momento em que a decisão que a fixa se torna eficaz, ou porque não foi recorrida ou porque foi impugnada por recurso sem efeito suspensivo[265]. Essa exigibilidade permitiria a execução imediata de crédito decorrente da multa frustrada fixada em decisão ainda não definitiva, inclusive a decisão interlocutória que concede a tutela antecipada, o que só pode ser compreendido com a possibilidade de execução provisória do crédito[266].

Para essa corrente doutrinária, a necessidade de exigibilidade imediata resulta da própria função coercitiva da multa, porque a necessidade de aguardar a definitividade da decisão, que só ocorrerá com o advento da coisa julgada material, seria extremamente contrária à necessidade de pressionar efetivamente o devedor a cumprir a obrigação. Uma perspectiva de remota execução não seria suficiente para exercer a pressão psicológica esperada das *astreintes*[267].

Para outra corrente doutrinária, deve-se aguardar o trânsito em julgado para que se possa exigir o crédito gerado pela frustração da multa. Essa corrente doutrinária entende que a mera ameaça de aplicação da multa, independentemente do momento em que o crédito gerado por sua frustração passará a ser exigível, já é suficiente para configurar a pressão psicológica pretendida pelo legislador[268]. Por outro lado, como só deve pagar a multa a parte definitivamente derrotada na demanda judicial – o que só será conhecido com o trânsito em julgado –, cabe aguardar esse momento procedimental para admitir a execução da multa[269].

Concordo com a primeira corrente doutrinária porque, de fato, com o tempo que os processos demoram para atingir o trânsito em julgado, muito da natureza coercitiva da multa se perderá se a exigibilidade da cobrança do crédito gerado pela frustração da multa depender desse momento processual. Trata-se do tradicional e frequente choque entre a *efetividade* (exigibilidade imediata, sem saber ainda se a multa é definitivamente devida) e a *segurança jurídica* (exigibilidade após o trânsito em julgado da decisão que fixa a multa, quando se saberá definitivamente se a parte é ou não titular do direito de crédito). Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[270].

As considerações e conclusões, entretanto, não são aplicáveis quando a multa for utilizada em um processo coletivo, já que, nesse caso, a exigibilidade está condicionada ao trânsito em julgado da decisão que a fixar. E por que esse tratamento distinto? Por opção do legislador. A regra está consagrada na ação civil pública (art. 12, § 2º, da Lei 7.347/1985), nas demandas regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (art. 213, § 3º, da Lei 8.069/1990) e nas demandas reguladas pelo Estatuto do Idoso (art. 83, § 3º, da Lei 10.741/2003). Considero que até se pode criticar a opção legislativa, que de fato não parece ser acertada, mas não é possível simplesmente

desprezar os dispositivos legais mencionados.

11.9.1.3. *Prescrição*

Havendo execução coletiva de sentença coletiva, não há qualquer debate a respeito do prazo prescricional da pretensão executiva, sendo nesse caso aplicado o entendimento consagrado na Súmula 150/STF, de forma que o prazo prescricional para o exercício da pretensão executiva será o mesmo da pretensão cognitiva.

Não há qualquer previsão expressa a respeito da prescrição da ação civil pública na Lei 7.347/1985 ou no CDC, mas tal omissão não é suficiente para permitir a conclusão da doutrina minoritária de não existir prescrição para a propositura de tal espécie de ação coletiva.[271]

Na realidade, parece indiscutível que existe prescrição, salvo na pretensão de reparação de danos ao Erário e na hipótese de lesão ao meio ambiente, considerando-se não só sua natureza indisponível, mas em especial sua relevância para a própria sobrevivência da pessoa humana. Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a tutela jurisdicional em razão do dano ambiental protege bem jurídico que antecede a todos os demais direitos, já que sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, tampouco lazer.[272]

Registre-se, entretanto, que o prescricional para a cobrança de multa aplicada em virtude da infração administrativa ao meio ambiente é de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça.[273]

Salvo as duas exceções descritas, a questão não diz respeito à existência ou não de prescrição, mas sim a qual o seu prazo. Seria resolvida a omissão legal com a aplicação do microssistema coletivo ou o mais adequado é se socorrer dos prazos prescricionais previstos no Código Civil?

São inúmeras as decisões do Superior Tribunal de Justiça aplicando o microssistema coletivo para concluir que o prazo prescricional da ação civil pública é de cinco anos, em razão da aplicação subsidiária do art. 21 da LAP.[274]

Há corrente doutrinária,[275] entretanto, inclusive amparada em julgamento – aparentemente isolado – do Superior Tribunal de Justiça,[276] no sentido de somente aplicar subsidiariamente o prazo de cinco anos previsto no art. 21 da Lei 4.717/1965 à ação civil pública a direitos materiais tuteláveis pela ação popular. Nessa linha de raciocínio, naqueles direitos materiais que só podem ser tutelados pela ação civil pública deve-se buscar o prazo prescricional fora do microssistema, mais precisamente no Código Civil ou outros diplomas legais que prevejam tal prazo, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor.

O tema cresce em interesse quando se analisa a execução individual da sentença coletiva. Qualquer que seja a natureza do direito reconhecido pela sentença coletiva, é possível seu aproveitamento por indivíduos. Tratando-se a sentença coletiva de direito transindividual, é sempre possível haver direitos individuais correlatos, que tenham sido violados pelo mesmo ato ilícito, e, se tratar de direito individual homogêneo, os titulares dos direitos individuais que, somados, resultaram em tal direito, naturalmente terão interesse em executar a sentença.

Questão interessante concerne ao prazo prescricional para a propositura dessa execução, ou mesmo para a liquidação de sentença como medida preparatória à execução. O Superior Tribunal de

Justiça, aplicando o entendimento consolidado na Súmula 150/STF, entendeu que o prazo prescricional para as execuções individuais da sentença coletiva é o mesmo da ação coletiva, sendo, portanto, de cinco anos.[277]

O entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça desconsidera a natureza da ação de conhecimento e das execuções, e para ele o relevante para a fixação do prazo prescricional é o prazo previsto em lei para a ação. Considero justificável o entendimento, ainda que no caso concreto possa representar sério prejuízo ao indivíduo, que, se tivesse em seu favor uma sentença individual, teria, na maioria dos casos, mais do que cinco anos para a propositura da execução.

11.9.2. Legitimidade ativa

Naturalmente, o autor da ação coletiva terá legitimidade para a execução. É, inclusive, esse sujeito que costuma executar a sentença, não sendo comum que outro legitimado, que não tenha participado da fase de conhecimento como autor, dê início à fase executiva. Não é normal que um legitimado que teve todo o trabalho em obter uma sentença condenatória deixe de se interessar justamente no momento da satisfação do direito. Apesar dessa realidade, é indiscutível que outros legitimados previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, que não tenham composto o polo ativo da ação coletiva na fase de conhecimento, também sejam legitimados ativos para o cumprimento de sentença.

O mesmo pode se dizer da execução de título executivo extrajudicial. Apesar de ser comum que o próprio legitimado coletivo que participou da formação do título seja o exequente na hipótese de inadimplemento obrigacional, não existe qualquer impedimento para que outro legitimado coletivo ingresse com a execução. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já admitiu a execução de decisão do Tribunal de Contas do Estado proposta pelo Ministério Público.

A indisponibilidade de execução de título executivo judicial no âmbito da tutela coletiva é a regra, de forma que, não sendo executada a sentença coletiva de procedência pelo autor ou por outro colegitimado dentro de certo prazo legal, caberá ao Ministério Público o dever funcional de fazê-lo. A justificativa é simples: evitar que um eventual conluio do autor com o réu, ou mesmo um desinteresse de outros legitimados em executar a decisão, seja capaz de frustrar a proteção de um direito transindividual já reconhecido por decisão judicial.

O art. 16 da Lei 4.717/1965, que prevê o dever funcional do Ministério Público de executar a decisão judicial, decorridos 60 dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância (melhor seria dizer acórdão de segundo grau), em razão da inércia do cidadão autor e de outros cidadãos, vai no mesmo sentido do art. 15 da Lei 7.347/1985, que prevê ser dever funcional do Ministério Público a execução em 60 dias do trânsito em julgado, caso não a execute o autor ou outro colegitimado.

Ainda que a obrigatoriedade de propositura da execução pelo Ministério Público seja a tônica do sistema da tutela coletiva, é preciso observar importante distinção entre as duas regras legais mencionadas. Enquanto na ação popular o prazo de 60 dias tem seu termo inicial na prolação da decisão de procedência do segundo grau, na ação civil pública a contagem do mesmo prazo só tem início com o trânsito em julgado da sentença de procedência. Significa que o Ministério Público

somente tem o dever funcional de executar uma sentença proferida em ação civil pública de forma definitiva, enquanto na ação popular, ainda que pendente de julgamento recurso especial e/ou extraordinário, haverá dever funcional do Ministério Público em executar provisoriamente a sentença.

Ainda que se reconheça o nobre objetivo de se fazer cumprir uma sentença popular a partir do momento em que ela passa a gerar efeitos no processo, mesmo que não seja definitiva em razão da pendência de recurso, não entendo correto imputar ao Ministério Público um dever funcional em executar a sentença provisoriamente. Ninguém tem o dever de executar provisoriamente, sendo sempre admissível que se aguarde o momento em que a decisão torna-se definitiva, após o trânsito em julgado, em razão da teoria do risco-proveito aplicável à execução provisória.

Prevê o art. 475-O, I, do CPC que a execução provisória corre por conta e responsabilidade do exequente, em nítida aplicação da teoria do risco-proveito. Significa que a execução provisória é uma opção benéfica ao exequente, já que permite, senão a satisfação do direito, ao menos o adiantamento da prática de atos executivos. Entretanto, os riscos de tal adiantamento são totalmente carreados ao exequente, que estará obrigado a ressarcir o executado por todos os danos (materiais, morais, processuais) advindos da execução provisória na hipótese de a sentença ser reformada ou anulada pelo recurso pendente de julgamento. A responsabilidade, nesse caso, é objetiva, de modo que o elemento "culpa" é irrelevante para a sua configuração, bastando ao executado provar a efetiva ocorrência de danos e o nexo de causalidade com a execução provisória.

Significa que, na ação popular, não se pode impor um dever ao Ministério Público que acarretará um risco de prejuízo aos cofres públicos, porque os danos suportados pelo executado provisório nesse caso serão cobrados do Estado. É até mesmo um contrassenso, em uma ação em que se busca a tutela do patrimônio público, exigir do Ministério Público a adoção de uma conduta que poderá resultar em prejuízo a esse mesmo patrimônio que se buscava tutelar. Portanto, ainda que exista expressa previsão a respeito na Lei 4.717/1965, parece ser preferível a aplicação do art. 15 da Lei 7.347/1985.

Reconheço que o entendimento ora defendido não encontra amparo nos tribunais, e o Superior Tribunal de Justiça não só aplica o art. 16 da LAP em sua literalidade, como vai além, ao admitir que em sua interpretação também seja incluída a liquidação da sentença coletiva genérica. Ainda que a liquidação seja inegavelmente cognitiva, como fase preparatória da execução, a decisão demonstra o claro entendimento no sentido de ser iniciada a persecução executiva a partir da decisão de segundo grau, ainda que nesse caso precedida pela liquidação de sentença.

O problema, naturalmente, não se coloca na hipótese de sentença de procedência transitada em julgado em razão de ausência de interposição de apelação por parte dos réus. Apesar de extremamente rara no caso concreto tal situação, o dever do Ministério Público de executar a sentença coletiva só começa, nesse caso, a ser contado do trânsito em julgado. O mesmo se diga do acórdão que julga a apelação não recorrido por recurso especial e/ou recurso extraordinário, de ocorrência um pouco mais frequente.

Registre-se, por fim, que o art. 15 da LACP se aplica somente nos casos de direito difuso e coletivo, nos quais a execução coletiva da sentença é o caminho natural de satisfação do direito reconhecido como violado pela decisão. Nos direitos individuais homogêneos o caminho natural dessa satisfação é a execução individual a ser oferecida pelos interessados, sendo coletiva a

execução de maneira subsidiária e eventual, nos termos do art. 100 do CDC.

11.9.3. Direitos difusos e coletivos

Conforme já tive oportunidade de afirmar, diante de uma sentença coletiva fundada em violação a direito difuso e coletivo, o caminho natural de satisfação da decisão é por meio de uma execução coletiva, que reverterá em prol da coletividade ou de uma comunidade. Não há, na realidade, qualquer especialidade procedimental nessa execução, devendo o exequente se valer das regras previstas na teoria geral da execução e aplicáveis tanto à execução individual como coletiva.

O ponto de destaque fica por conta das lições doutrinárias que apontam uma preferência nessa execução pela tutela específica[278]. Como toda tutela inibitória é específica, fica clara também a opção por essa espécie de tutela, restando a tutela reparatória apenas para aquelas situações em que não será concretamente possível a obtenção da inibitória. E, mesmo quando a tutela reparatória for a única possível, prefere-se essa espécie de tutela *in natura*, e somente de forma residual a tutela pelo equivalente em dinheiro.

Naturalmente é mais adequada uma tutela que proíba uma determinada empresa de cortar ilegalmente milhares de árvores, mas, uma vez ocorrido o evento, a tutela preventiva já não será mais possível, restando tão somente a tutela reparatória. Nesse caso, deve-se preferir a condenação do réu a alguma compensação ao meio ambiente lesado, como a obrigação de replantio das árvores, e apenas de forma residual sua condenação ao pagamento de quantia certa.

Havendo condenação a pagar quantia certa na hipótese de danos causados ao erário, o valor obtido em cumprimento de sentença ou processo de execução será revertido para a pessoa jurídica de direito público que tenha suportado a lesão econômica reconhecida na sentença ou no título executivo extrajudicial[279]. Em todas as demais hipóteses, o valor em dinheiro obtido em processo de execução ou cumprimento de sentença deverá ser revertido para o Fundo de Direitos Difusos, previsto no art. 13 da LACP[280].

11.9.4. Direitos individuais homogêneos

11.9.4.1. Introdução

Como já tive oportunidade de afirmar, o direito individual homogêneo tem natureza de direito individual, e nada mais é do que a soma de direitos individuais de origem comum. Em um processo coletivo cujo objeto seja um direito individual homogêneo, a sentença condenará o réu ao pagamento dos danos gerados aos sujeitos que sejam titulares de cada direito individual que, somados, resultaram no direito individual homogêneo.

Essa especial, característica do direito individual homogêneo faz que a sentença coletiva seja executada individualmente, por cada um dos indivíduos beneficiados por ela. Muito provavelmente será necessária uma fase de liquidação de sentença, conforme analisado no item 11.8, mas a execução subsequente terá natureza individual. Significa que, dentro da normalidade, a ação é tratada como coletiva somente até a prolação da sentença, e depois desse momento é tratada como

individual, seja na liquidação, seja na execução.

A execução individual não terá qualquer especialidade procedimental, sendo uma regular execução de pagar quantia certa de título executivo judicial. Os pontos de maior interesse ficam por conta da execução por *fluid recovery* e da execução pseudocoletiva, temas que serão analisados a seguir.

11.9.4.2. *Execução por fluid recovery*

Conforme já analisado no item 16.4.1, a execução de sentença fundada em direito individual homogêneo será feita individualmente, pelos lesionados, seus sucessores ou mesmo pelos legitimados coletivos. Independentemente do exequente, o importante a ressaltar é a natureza individual dessas execuções, o que, no caso concreto, exigirá a iniciativa do indivíduo, seja ingressando com a execução, seja municiando o legitimado coletivo de informações para que o *quantum debeatur* individual seja estabelecido. O indivíduo, portanto, é peça fundamental na execução de sentença coletiva fundada em direito individual homogêneo.

Como a participação do indivíduo é praticamente indispensável na execução ora analisada, surge a possibilidade de uma sentença praticamente ineficaz, que aproveite concretamente um número ínfimo de interessados que se habilitem na demanda para executar seus créditos. Por vezes, uma sentença com abrangência ampla em termos de sujeitos beneficiados pode simplesmente deixar de gerar todos os seus potenciais efeitos, bastando para isso que os beneficiados pela decisão não executem seus créditos individuais.

Poder-se-á questionar por que um sujeito, que tem em seu favor um título executivo judicial, deixa de executá-lo. Apesar dos mecanismos de aviso aos interessados previstos pela lei, deve-se reconhecer que a publicação de editais no início do processo, nos termos do art. 94 do CDC, pode não levar à informação da existência do processo para todos os interessados. E, mesmo que adotado entendimento doutrinário no sentido de aplicar esse dispositivo legal por analogia para o momento posterior ao trânsito em julgado[281], difícil acreditar na plena publicidade da decisão. Medida interessante nesse sentido seria o autor pedir já na petição inicial a condenação do réu a providenciar a publicação da sentença em meios de comunicação de grande alcance, como internet, televisão e rádio. De qualquer forma, deve-se contar com a ignorância dos interessados a respeito da sentença que os beneficia.

Por outro lado, a própria desinformação de muitas partes e seus patronos pode colaborar para não haver a execução individual na dimensão adequada e possível diante da sentença coletiva. A exata compreensão do sistema processual existente para a tutela coletiva ainda está longe de ser uma realidade, de modo que não é espantoso encontrar advogados que simplesmente não sabem que poderão se valer de uma sentença coletiva para o benefício de seus clientes.

Além das dificuldades apresentadas, é importante lembrar típica hipótese de execução por *fluid recovery*. Como aponta a melhor doutrina[282], existem danos que individualmente considerados são ínfimos, dificilmente incentivando os indivíduos à execução. No entanto, quando esses danos individuais são somados, passando a existir de forma global, nota-se que o prejuízo gerado pelo réu foi substancial. Os exemplos são fartos: milhares de consumidores foram enganados por uma empresa de chocolate, que anunciava barras de 30g com somente 29g; milhares de viajantes pagaram

pedágio a R$ 10,00 quando o valor coreto seria R$ 9,90; milhares de clientes de um banco tiverem R$ 0,50 retirados indevidamente de suas contas. Nesse caso, a falta de interesse nas execuções individuais, em razão do ínfimo valor envolvido, poderá liberar o réu de arcar com as consequências de seu ato danoso, o que, naturalmente, não deve ser bem aceito.

Exatamente por compreender que a efetividade da sentença fundada em direito individual homogêneo dependerá antes de tudo da iniciativa do indivíduo, com o que nem sempre se poderá contar, o legislador consagrou no art. 100 do CDC a chamada execução por *fluid recovery*, originária do direito norte-americano, também chamada de reparação fluída. Segundo o dispositivo legal, "decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida".

A execução por *fluid recovery* se distingue de forma significativa da execução individual. Nesta, o indivíduo ou o legitimado coletivo como substituto processual litiga para satisfazer o direito individual, enquanto naquela o legitimado coletivo busca uma recomposição em prol da coletividade, tanto assim que, segundo o art. 100, parágrafo único, do CDC, o produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei 7.347/1985, o Fundo de Direito Difusos (FDD), independentemente de pedido nesse sentido na petição inicial da ação coletiva[283]. Não deixa de ser interessante porque o dano gerado pelo réu foi individual, enquanto a execução por *fluid recovery* tutela a coletividade.

Essa forma diferenciada de execução deve ser considerada como uma anomalia do sistema, só devendo tomar lugar quando as execuções individuais não tiverem sido oferecidas em número compatível com a gravidade do dano. Insista-se mais uma vez que, se o direito individual homogêneo tem natureza de direito individual, as execuções devem ser individuais, valendo-se o sistema da execução por *fluid recovery* apenas subsidiariamente.

Apesar do silêncio da lei, o termo inicial do prazo de um ano previsto pelo art. 100 do CDC é o trânsito em julgado da sentença[284], pois ninguém pode ser obrigado a executar provisoriamente uma sentença assumindo os riscos que essa espécie de execução proporciona. Caberá aos legitimados coletivos uma primeira aferição do número de interessados habilitados diante do potencial da sentença, uma vez que, se os próprios legitimados coletivos entenderem que o número de interessados habilitados é compatível com a gravidade do dano, não devem ingressar com a execução por *fluid recovery*. E, mesmo que seja oferecida a execução, caberá ao juiz a palavra final a respeito do cabimento dessa espécie de execução, sendo nesse caso indispensável, em respeito ao princípio do contraditório, a oitiva do réu antes da prolação da decisão. De qualquer forma, o juiz nunca poderá dar início de ofício a tal execução.

Como a lei foi suficientemente clara ao mencionar um número compatível com a gravidade do dano, não é necessário que todos os beneficiados tenham se habilitado a fim de evitar a execução por *fluid recovery*. Apesar do subjetivismo existente no dispositivo legal ora mencionado, deve restar claro que, mesmo havendo interessados não habilitados, a *fluid recovery* poderá ser dispensável. A tese de que deve haver um ressarcimento integral do dano gerado é amparada em vício de premissa, porque a execução por *fluid recovery* não tem como objetivo complementar as execuções individuais, mas tão somente fazer que a sentença tenha eficácia prática.

Essa é a razão, inclusive, para que na execução por *fluid recovery* se busquem outros parâmetros

que não somente os danos individuais não executados individualmente, pois, sem a colaboração dos titulares do direito, nem sempre será possível a determinação do valor de tal dano. O Superior Tribunal de Justiça tem interessante julgado no qual associou o valor dos danos individuais não executados e o valor da execução por *fluid recovery* com fundamento no princípio da menor onerosidade[285]. É claro que no caso julgado era possível e razoavelmente simples se aferir esse valor, o que, entretanto, não é a regra das condenações fundadas em violação de direito individual homogêneo.

Como bem ponderado pela doutrina:

> "A jurisprudência norte-americana criou então remédio da *fluid recovery* (uma reparação fluida), a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade: por exemplo, para fins gerais de tutela dos consumidores ou do ambiente"[286].

Para parcela minoritária da doutrina, o prazo de um ano do trânsito em julgado é decadencial, de forma que, se o indivíduo não se habilitar nesse prazo para executar a sentença coletiva, perderá seu direito de crédito. A justificativa para esse entendimento é evitar um eventual *bis in idem*:

> "De outro modo, o credor poderia ser obrigado a pagar mais do que o valor do dano por ele gerado. Com efeito, considerando que, após tal prazo, a diferença entre o valor do dano e aquele percebido pelas vítimas é destinada ao fundo (*fluid recovery*) e, do fundo, não poderá ser empregado para o ressarcimento individual das vítimas faltantes, a estas só restaria executar diretamente o patrimônio do próprio réu. Ocorre que ele já teria pago a integralidade do prejuízo causado, de modo que, se fosse novamente executado, pagaria mais do que devia"[287].

Concordo com a doutrina majoritária que defende a possibilidade de execuções individuais mesmo durante ou após o encerramento da execução por *fluid recovery*[288]. O prazo de um ano previsto pelo art. 100 do CDC tem natureza processual, e simplesmente aponta o momento a partir do qual se admitirá uma execução coletiva de sentença fundada em violação a direito individual homogêneo. Esse referido prazo, em razão de sua natureza processual, não afeta os prazos prescricionais e decadenciais referentes ao direito individual que poderá ser objeto de execução[289].

É evidente que, ao responder a todos os beneficiados pela sentença coletiva e também pela *fluid recovery*, o réu estará sendo prejudicado em dobro, mas não se pode falar nesse caso em *bis in idem*, pois os credores das duas espécies de execução são diferentes: no primeiro caso o indivíduo e, no segundo, a coletividade.

Ademais, devemos lembrar que a execução forçada não deveria nem mesmo existir se os réus condenados cumprissem sua obrigação de pagar o que foi definitivamente reconhecido na sentença condenatória. Caso o réu pretenda evitar uma duplicidade executiva, terá um ano, a partir do trânsito em julgado, para pagar o que deve aos indivíduos beneficiados, de forma a evitar a execução por *fluid recovery*. Basta procurar tais sujeitos e realizar o pagamento do devido e, havendo resistência do indivíduo que deve recebê lo, ingressar com consignações em pagamento, o que já será suficiente para evitar a execução por *fluid recovery*.

Ao prever que o produto obtido por meio da execução por *fluid recovery* reverterá para o Fundo de Direitos Difusos (FDD), o art. 100, *caput*, do CDC dá a entender que toda execução por *fluid recovery* será realizada, cujo objeto é uma obrigação de pagar quantia certa, em um valor aproximado daquele que deveria ter sido cobrado pelos beneficiados pela sentença que não se

habilitaram para a execução. Entendo, entretanto, que nem sempre deverá ser assim. Ainda que a condenação do réu na sentença coletiva tenha como objeto uma obrigação de pagar quantia certa aos lesionados por sua atuação, para a execução por *fluid recovery* será possível a transformação dessa condenação em uma obrigação de fazer ou de entregar.

Basta imaginar um dos exemplos dados neste capítulo para justificar a execução por *fluid recovery*. Milhões de motoristas pagaram R$ 0,50 a mais do que o valor correto de um pedágio. Reconhecida tal situação, na sentença coletiva o réu é condenado a ressarcir cada um dos usuários do pedágio pela diferença apurada entre o valor cobrado e o valor que deveria ter sido cobrado, no caso, míseros R$ 0,50. Como é de esperar, as execuções individuais, se existirem, serão em número insignificante diante do dano gerado. Na execução por *fluid recovery*, entretanto, em vez de cobrar o valor total da tungada, o juiz poderia determinar que a empresa que cuida do pedágio passasse a cobrar R$ 0,50 a menos do que o preço devido, até que devolvesse aos consumidores, ainda que de forma reflexa e indireta, o valor indevidamente cobrado.

De qualquer forma, quando o valor for revertido para o Fundo de Direitos Difusos (FDD), é importante notar que o valor obtido não reverterá em favor dos indivíduos lesionados, mas sim em prol da coletividade, devendo ser aplicado na área de interesse que gerou a execução. Nesse sentido a lição da melhor doutrina:

> "A solução, em casos tais, será a aplicação do produto pecuniário em que se tenha convertido o preceito cominatório (§ 1º do art. 84 do CDC) numa finalidade institucional, compatível com o interesse metaindividual lesado"[290].

11.9.4.3. *Legitimidade*

Conforme amplamente afirmado, a execução típica diante de uma sentença fundada em violação a direito individual homogêneo é individual, buscando a satisfação de um direito determinado e de titularidade definida. Segundo o art. 97, *caput*, do CDC, "a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82".

A primeira parte do dispositivo legal não apresenta qualquer dificuldade interpretativa, prevendo típica hipótese de legitimação ordinária das vítimas do ato ilícito reconhecido na sentença ou de seus sucessores. Os indivíduos estarão nesse caso litigando em nome próprio por um direito individual próprio. A legitimação concedida aos legitimados à propositura da ação coletiva, elencados no art. 82 do CDC, por sua vez, traz maiores dificuldades ao intérprete, havendo até mesmo quem aponte para uma legitimação anômala nesse caso[291].

A análise torna-se ainda mais difícil diante da expressa previsão do art. 98 do CDC: "A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções".

Para corrente doutrinária considerável, a previsão do art. 97, *caput*, do CDC não atribui propriamente uma legitimação ativa para os legitimados coletivos, mas tão somente autoriza que esses possam litigar em nome das vítimas do ato ilícito ou seus sucessores na defesa de seus direitos. Significa que, sendo a execução individual, a legitimidade será exclusiva das vítimas e de seus

sucessores, limitando-se a participação dos legitimados coletivos a uma representação processual desses titulares do direito[292].

Nesse sentido, as lições de Ada Pellegrini Grinover:

> "E quando a liquidação e a execução forem ajuizadas pelos entes e pessoas enumerados no art. 82? A situação é diferente da que ocorre com a legitimação extraordinária à ação condenatória do art. 91. Lá, os legitimados agem no interesse alheio, mas em nome próprio, sendo indeterminados os beneficiários da condenação. Aqui, as pretensões à liquidação e execução da sentença serão necessariamente individualizadas: o caso surge como de representação, devendo os entes e pessoas enumeradas no art. 82 agirem em nome das vítimas ou sucessores"[293].

O entendimento parece ser realmente o mais adequado, considerando-se a natureza da execução em favor das vítimas e seus sucessores. Fica claro nesse caso que, nas execuções, não mais se estará diante de um direito individual homogêneo, o que poderia justificar a legitimidade ativa dos legitimados coletivos previstos pelo art. 82 do CDC. Direito puramente individual deve gerar uma legitimidade ordinária para seus titulares o defenderem em juízo, não havendo justificativa plausível nesse caso para uma legitimação extraordinária em favor dos legitimados coletivos.

Ocorre, entretanto, que o entendimento de que a presença dos legitimados coletivos na execução individual da sentença proferida em violação a direito individual homogêneo se dá por meio da representação processual pode causar um embaraço a essa participação. Tratando-se de representação processual, o legitimado coletivo necessariamente deverá obter uma expressa autorização da vítima ou de seu sucessor para que ajuíze em seu nome a liquidação ou execução, o que, naturalmente, poderá dificultar no caso concreto tal ajuizamento.

Provavelmente pensando nessas dificuldades práticas, e considerando a previsão contida no art. 8º, III, da CF/1988, o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o tema, pacificou o entendimento de que os legitimados coletivos têm legitimidade no campo dos direitos individuais homogêneos tanto para a fase de conhecimento como para a fase de liquidação e execução da sentença. Entendeu-se que seria efetivamente caso de legitimação extraordinária, por meio da qual o legitimado coletivo liquida e executa a sentença em nome próprio na defesa dos interesses da vítima do ato ilícito e seus sucessores:

> "Sindicato e Substituição Processual – 3
>
> Concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários nos quais se discutia sobre o âmbito de incidência do inciso III do art. 8º da CF/1988 ('ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas;') – v. Informativos 84, 88, 330 e 409. O Tribunal, por maioria, na linha da orientação fixada no MI 347/SC (*DJU* 08.04.1994), no RE 202.063/PR (*DJU* 10.10.1997) e no AI 153.148 AgR/PR (*DJU* 17.11.1995), conheceu dos recursos e lhes deu provimento para reconhecer que o referido dispositivo assegura ampla legitimidade ativa *ad causam* dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes. Vencidos, em parte, os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, que conheciam dos recursos e lhes davam parcial provimento, para restringir a legitimação do sindicato como substituto processual às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas nos processos de conhecimento, asseverando que, para a liquidação e a execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador" (RE 193.503/SP, RE 193.579/SP, RE 208.983/SC, RE 210.029/RS. RE 211.874/RS, RE 213.111/SP, RE 214.668/ES – Tribunal Pleno – rel. orig. Min. Carlos Velloso – rel. p/o acórdão Min. Joaquim Barbosa – j. 12.06.2006).

A partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça também

passou a decidir pela legitimação extraordinária, com a dispensa de autorização das vítimas ou sucessores para o ingresso da liquidação e execução.

> "Processual civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação coletiva. Sindicatos. Legitimidade. Atuação. Substituição processual. 1. Os sindicatos, que atuam na qualidade de substituto processual possuem legitimidade para atuar nas fases de conhecimento, liquidação e execução de sentença proferida em ações versando direitos individuais homogêneos, dispensando, inclusive, prévia autorização dos trabalhadores. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ – AgRg no Ag 1.049.450/DF – Sexta Turma – Rel. Min. Vasco della Giustina – j. 21.06.2011 – *DJE* 01.07.2011)[294].

O importante nesses julgados, entretanto, é a constatação de que, embora se admita uma legitimação extraordinária dos legitimados coletivos, a execução não será coletiva, como sugere o art. 98 do CDC. Havendo a determinação e individualização dos direitos exequendos, a execução será individual, não obstante o legitimado ativo seja coletivo[295]. Como lembra a melhor doutrina, "nesse caso, tem-se aí uma ação pseudocoletiva, formada pela soma das parcelas identificadas de direitos individuais"[296].

Tem-se dessa forma o seguinte cenário diante de uma sentença fundada em violação a direito individual homogêneo: (i) execução individual oferecida pelas vítimas ou sucessores em legitimação ordinária; (ii) execução individual (não obstante o art. 98 do CDC preveja ser coletiva) oferecida pelos legitimados coletivos em favor das vítimas e sucessores em legitimação extraordinária; (iii) execução coletiva por *fluid recovery* proposta pelos legitimados coletivos em favor da coletividade em legitimação extraordinária.

11.9.5. Regime jurídico das despesas e custas processuais

As regras de sucumbência na fase de liquidação e execução da sentença coletiva são as mesmas aplicáveis às liquidações e execuções em geral. A única especialidade diz respeito à presença da Fazenda Pública como executada em razão do disposto no art. 1º-D da Lei 9.494/1997: "Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas".

Na análise da abrangência do dispositivo legal ora citado, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que, diante de uma sentença coletiva, a aplicabilidade ou não da regra dependeria da natureza da liquidação e execução: caso fosse coletiva, aplicável a odiosa previsão legal, de forma que, não sendo embargada a execução, não seria cabível condenar a Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios; caso fosse individual, a norma seria inaplicável em razão das singularidades existentes nesse tipo de execução:

> "Honorários advocatícios. Execução. Fazenda Pública. MP 2.180-35/2001. Trata-se de execução de título judicial proferido em ação ordinária coletiva proposta por sindicato de servidores federais na qualidade de substituto processual, com o objetivo de reconhecimento de direito reivindicado por eles. Para a Min. Relatora, a ação coletiva ajuizada por sindicato como substituto processual deve ter o mesmo tratamento dispensado à ação civil pública ajuizada em defesa de direitos individuais homogêneos, porque será necessária a execução individualizada pelos substituídos, o que demandará uma cognição exauriente e contraditório amplo sobre a existência do direito reconhecido naquela ação coletiva. Com esse entendimento, a Corte Especial, por unanimidade, deu provimento aos embargos de divergência para afastar a incidência da MP 2.180-35/2001 (que dispõe: não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas) e, consequentemente, embora por outros fundamentos, manteve o acórdão recorrido, o qual fixou os honorários advocatícios em 10% do valor devido. Observou-se, ainda, que não se aplica à hipótese a Súmula 315 do STJ, pois confrontou-se tese jurídica expressa no julgamento do REsp, examinado

duas vezes pelo primevo Min. Relator monocraticamente e pelo colegiado, com paradigmas colacionados pelo recorrente. Precedentes citados: EDcl no AgRg no REsp 639.226/RS, *DJ* 12.09.2005, e AgRg no Ag 675.135/RS, *DJ* 29.08.2005" (STJ – EAG 654.254/RS – Corte Especial – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 19.12.2007 – *Informativo* 343).

O entendimento, inclusive, encontra-se sumulado (Súmula 345 do STJ): "São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas".

1 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 40-41.

2 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 40.

3 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. n. 4.10, p. 147.

4 ARMELIN, Donaldo. *Tutela jurisdicional diferenciada*. *RePro*, São Paulo, n. 65, jan.-mar. 1992, p. 45; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitória*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 14-15; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 33.

5 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 35.

6 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 39-41.

7 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais:* uma abordagem crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 3-5.

8 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 35-39.

9 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 33.

10 GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública*: análise histórica e as suas principais inovações. In: MOREIRA, Alberto Camina; ALVAREZ, Anselmo Pietro; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coords.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 530-531.

11 STJ – REsp 1.106.515/MG – Primeira Turma – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 16.12.2010 – *DJE* 02.02.2011 (julgado que também menciona o termo minissistema); STJ – AgRg no Ag 1.249.132/SP – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 24.08.2010 – *DJE* 09.09.2010; STJ – REsp 1.117.453/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 24.08.2010 – *DJE* 30.09.2010.

12 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Reflexões acerca da representatividade adequada nas ações coletivas passivas. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 338; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. n. 4.10, p. 148.

13 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 33-34.

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479; *DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 53.

15 NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 221.

16 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 53.

17 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 547; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à nova lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009. p. 112-113; KLIPPEL, Rodrigo; NEFFA JR., José. Comentários à Lei de Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 340-341.

18 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos I*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

19 GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública:* análise histórica e as suas principais inovações. In: MOREIRA, Alberto Camina; ALVAREZ, Anselmo Pietro; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coords.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 531.

20 NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de processo coletivo*. São Paulo: Método, 2012, capítulo 5.

21 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 52-54.

22 STJ – REsp 818.725/SP – 1.ª Turma – rel. Min. Luiz Fux – j. 13.05.2008 – *DJE* 16.06.2008.

23 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. São Paulo: Método, 2012, 5.10, p. 108-109.

24 STJ – 4.ª Turma – REsp 823.063/PR – rel. Min. Raul Araújo – j. 14.02.2012 – *DJe* 22.02.2012; STJ – 1.ª Turma – AgRg no Ag 1.249.559/RJ – rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 15.12.2011 – *DJe* 02.02.2012.

25 WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 70; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 487; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 443-444.

26 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tutela jurisdicional coletiva. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 60-61; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 62.

27 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 92-93;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 28.

28 WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 70.

29 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2008. n. 3.1, p. 79.

30 CARVALHO FILHO, José dos Santos, Ação civil pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 28; VENTURI, Elton. Processo civil coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49; LENZA, Pedro, Teoria geral da ação civil pública. São Paulo:RT, 2003, p. 50.

31 Cfr. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 42.

32 Cfr. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 151.

33 ARRUDA ALVIM. *Ação civil pública*. *Repro*, n. 87, São Paulo, RT, jul.-set. 1997, p. 151; GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24.

34 Cfr. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 112-113.

35 Cfr. Ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 87.

36 ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 28; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 74; WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 72; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 71.

37 WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 72.

38 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação Civil Pública. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, Malheiros, n. 3, 1993, p. 24; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 210-211.

39 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 106; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 30; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 725.

40 Cfr. WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 73.

41 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 75.

42 WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 75.

43 Cfr. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 76.

44 Cfr. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 135.

45 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 135-136. No mesmo sentido MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 221.

46 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 492-49; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 57; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 79.

47 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, apud DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 78. No mesmo sentido RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 91.

48 Cfr. *Processo de execução:* parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 43.

49 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 221, fala em "numero expressivo de pessoas" e "fenômenos típicos de massa".

50 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ações coletivas*. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 52.

51 Cfr. Ação civil pública. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 353-354.

52 *Informativo* 491/STJ – 4.ª Turma – REsp 823.063/PR – rel. Min. Raul Araújo – j. 14.02.2012; STJ – 3.ª Turma – AgRg no REsp

710.337/SP – rel. Min. Sidnei Beneti – j. 15.12.2009 – *DJe* 18.12.2009.

53 Cfr. *Processo de execução:* parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 42-43.

54 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2009. v. 4, p. 726; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 353; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 492; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 79; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 220-221; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 57; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução:* parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 43.

55 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Temas de direito processual (terceira turma)*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 42-43.

56 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 42-43.

57 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 80-82.

58 *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 46.

59 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 218; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 60; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 79.

60 STJ – 1ª Turma – REsp 799.669/RJ – rel. Min. Luiz Fux – j. 02.10.2007 – *DJ* 18.02.2008, p. 25.

61 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 58.

62 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 59.

63 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2, p. 187.

64 VICENZI, Brunela Vieira de. Competência funcional – distorções. *Revista de Processo*, n. 105, 2002, p. 280-281. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000. v. 2. p. 337, já havia criticado os autores que estendiam o conceito de competência funcional aos casos particulares de competência territorial improrrogável: "A improrrogabilidade ou não da competência é assunto da divisão da competência em absoluta e relativa, e nada tem a ver com a competência funcional. Impossível a mistura de coisas tão heterogêneas como a que fez Chiovenda".

65 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2, p. 530. Nesse sentido MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 212, lembrando que o ECA, art. 209, foi bem mais técnico ao se referir ao "foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa".

66 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 345-346; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 216-217; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a questão da competência jurisdicional. *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 61.

67 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 66.

68 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. n. 1.8.2, pp. 32-33.

69 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 1.315; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 777; MARQUES, Voltaire de Lima. *Dos bens jurídicos tutelados, da legitimação passiva e do foro competente na ação civil pública*. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública* – 15 anos. São Paulo: RT, 2002. p. 851; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 219.

70 *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 220.

71 STF – RE 228.955/RS – Pleno – *DJU* 24.03.2000. Esse sempre foi o entendimento de MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 223-224.

72 *Informativo* 415/STJ: REsp 1.120.117/AC – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 10.11.2009.

73 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 808.

74 STJ – 3.ª Turma – REsp 1.101.057/MT – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 07.04.2011 – *DJe* 15.04.2011; STJ – 2.ª Turma – REsp 1.120.117/AC – rel. Min. Eliana Calmon – j. 10.11.2009 – *DJe* 19.11.2009; STJ – 2.ª Turma – REsp 448.470/RS – rel. Min. Herman Benjamin – j. 28.10.2008 – *DJe* 15.12.2009.

75 STJ – 1.ª Seção – CC 97.351/SP – rel. Min. Castro Meira – j. 27.05.2009 – *DJe* 10.06.2009.

76 Cf. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 779. Também ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* – direito processual. São Paulo: Saraiva, 2002. p.

126.

77 Nesse sentido, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 237-238; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 220-221.

78 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 139.

79 STJ – CC 97.351/SP – Primeira Seção – Rel. Min. Castro Meira – j. 27.05.2009 – *DJ* 10.06.2009.

80 ASSIS, Araken de. *Substituição processual. Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 9, 2003, p. 9.

81 THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, n. 53, p. 68; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 116; GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003. n. 2.7, p. 41; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. n. 12.5.2, p. 127; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 160.

82 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 178; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema da efetividade do processo. Temas de direito processual civil*. 3.ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 33.

83 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2, n. 548, p. 308; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. n. 53, p. 68.

84 ASSIS, Araken de. *Substituição processual. Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, v. 9, 2003, p. 16-17; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 101.

85 ASSIS, Araken de. *Substituição processual. Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 9, 2003, p. 16.

86 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 118.

87 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 178.

88 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 1.443; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2008. 5.2.2, p. 153. Contra, pela legitimidade autônoma mesmo no direito individual homogêneo: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 499.

89 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64-65; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 76.

90 VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 169.

91 FERRARESI, Eurico. *A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Direitos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 137-143.

92 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 256-257.

93 GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 224-232.

94 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 177-178.

95 GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. *A marcha do processo*. Rio de janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 51-52.

96 Súmula 365/STF.

97 STF – Pet 3.388/RR – Tribunal Pleno – rel. Min. Carlos Britto – j. 19.03.2009 – *DJE* 25.09.2009.

98 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 173.

99 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 359.

100 STJ – REsp 818.725/SP – Primeira Turma – rel. Min. Luiz Fux – j. 13.05.2008 – *DJE* 16.06.2008.

101 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La iniciativa em la defensa judicial de los intereses difusos y coletivos (un aspecto de la experiencia brasileña). Repro*, São Paulo, RT, n. 68, 1992, p. 57; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 327; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 182; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 513. Com dados estatísticos, ainda que pontuais e antigos, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 192.

102 STF – Tribunal Pleno – RE 511.961/SP – rel. Min. Gilmar Mendes – j. 17.06.2009 – *DJe* 13.11.2009; STJ – 2ª Turma – REsp 933.002/RJ – rel. Min. Castro Meira – j. 16.06.2009 – *DJe* 29.06.2009.

103 RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à tutela coletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 37; COSTA, Susana Henrique da. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.

394-396.

104 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 109.

105 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 107.

106 I421/STJ – REsp 910.192/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 02.02.2010; STJ – REsp 637.332/PR – Primeira Turma – rel. Min. Luiz Fux – j. 24.11.2004 – *DJ* 13.12.2004. p. 242.

107 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 514.

108 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 127.

109 STF – RE 511.961/SP – Tribunal Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 17.06.2009 – *DJE* 13.11.2009; STJ – REsp 933.002/RJ – Segunda Turma – Rel. Min. Castro Meira – j. 16.06.2009 – *DJE* 29.06.2009.

110 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 234-234-240; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 247-248; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 190; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *O MP e a tutela dos interesses individuais homogêneos*. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (coords.). *Estudos de direito do consumidor:* tutela coletiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 257-259; ZANELLATO, Marco Antonio. Sobre a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público, In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (coords.). *Estudos de direito do consumidor:* tutela coletiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 398-403.

111 STF – RE 514.023/AgR/RJ – Segunda Turma – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 04.12.2009 – *DJE* 05.02.2010; STF – RE 472.489/AgR/RS – Rel. Min. Celso de Mello – j. 29.04.2008 – *DJE* 29.08.2008; STJ – AgRg no REsp 938.951/DF – Rel. Min. Humberto Martins – j. 23.02.2010 – *DJE* 10.03.2010; STJ – AgRg no REsp 800.657/SP – Quarta Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 05.11.2009 – *DJE* 16.11.2009.

112 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 129-130.

113 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 108.

114 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001. n. 6.3.3, p. 152.

115 VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 211.

116 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 164-165.

117 DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação rescisória contra decisão interlocutória. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 257; Vigliar, Ação, p. 83.

118 Em sentido próximo, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 309.

119 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 147.

120 STJ – REsp 168.051/DF – 3ª Turma – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 19.05.2005 – *DJ* 20.06.2005, p. 263.

121 RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à tutela coletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 123-124; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação rescisória contra decisão interlocutória. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 260-261. Aparentemente no sentido do texto: STJ – REsp 879.840/SP – Primeira Turma – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 03.06.2008 – *DJE* 26.06.2008. Contra: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 149; STJ – REsp 236.499/PB – Primeira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 13.04.2000 – *DJ* 05.06.2000, p. 125.

122 COSTA, Susana Henrique da. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 407.

123 SHIMURA, Sérgio Seiji. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006. p. 89.

124 STJ – REsp 705.469/MS – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 16.06.2005, *DJ* 01.08.2005, p. 456.

125 STJ – REsp 706.449/PR – Quarta Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 26.05.2008 – *DJ* 09.06.2008, p. 75.

126 WATANABE, Kazuo. *Direito processual comparado – XIII World Congresso of Procedural Law. Org. Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 536; GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos* – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007. p. 99-100.

127 GIDI, Antônio. A *class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos* – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007. p. 100.

128 BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Repro*, n. 82, ano 21, abr.-jun. 1996, p. 131.

129 WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio (Org.). *Direito processual comparado* – XIII World Congress of Procedural Law. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 535.

130 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011. n. 2.2.4, p. 47-48; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. n. 7.1.8, p. 219-227;

NERY JR.; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado. 12 ed. São Paulo:RT, 2008*, p. 1.144; RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à tutela coletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 35; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 519.

131 STJ – 1.ª Turma – REsp 876.936/RJ – rel. Min. Luiz Fux – j. 21.10.2008 – *DJe* 13.11.2008.

132 GOMES JR., Luiz Manoel, Curso de direito processual coletivo. 2 ed. São Paulo: SRS, 2008, p. 145.

133 GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos* – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007. p. 102.

134 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011. 2.2.4, p. 47-48; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. 7.1.8, p. 219-227; Nery-Nery, Código de processo civil comentado. 12 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 1.144; RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à tutela coletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 35; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 519.

135 GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. *O processo* – estudos e pareceres. São Paulo: DPJ, 2006. p. 213-214; GIDI, Antônio. *Class actions*, p. 3.5.10, p. 129-135; COSTA, Susana Henrique da. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 390-391; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 5, p. 209; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. São Paulo: RT, 2008. 5.2.6, p. 173.

136 GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008. p. 145.

137 GIDI, Antônio. A *class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos* – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007. p. 102; BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Repro*, n. 82, ano 21, abr.-jun. 1996, p. 134.

138 BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Repro*, n. 82, ano 21, abr.-jun. 1996, p. 131-136.

139 PEREIRA, Marivaldo de Castro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais: atuação como parte legitimada ou como assistente judicial. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 266-273.

140 STJ – 4ª Turma – AgRg no REsp 1.000.421/SC – rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 24.05.2011 – *DJe* 01.06.2011; STJ – 3ª Turma – AgRg no AgRg no Ag 656.360/RJ – rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 15.03.2011 – *DJe* 24.03.2011; STJ – 3ª Turma – REsp 555.111/RJ – rel. Min. Castro Filho – j. 05.09.2006 – *DJ* 18.12.2006, p. 363.

141 STJ – 1ª Turma – EDcl no REsp 734.176/RJ – rel. Min. Francisco Falcão – j. 17.08.2006 – *DJ* 28.09.2006 – p. 203; STJ – 2ª Turma – AgRg no Ag 500.644/MS – rel. Min. Francisco Peçanha Martins – j. 01.03.2005 – *DJ* 18.04.2005.

142 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 217; LIMA, Frederico Viana de. *Defensoria pública*. Salvador: JusPodivm, 2010. n. 7.3.3.1.2, p. 229.

143 SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.448/2007, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 235-236.

144 STJ – 1ª Turma – REsp 912.849-RS – rel. Min. José Delgado – j. 26.02.2008 – *DJe* 28.04.2008.

145 PEREIRA, Marivaldo de Castro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais: atuação como parte legitimada ou como assistente judicial. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 266.

146 ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei 11.448/2007 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 93.

147 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 157.

148 MORAES Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência* judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Liber Juris Ltda., 1984. p. 156; ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei 11.448/2007 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.448/2007, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 230-231.

149 GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. *O processo* – estudos & pareceres. São Paulo: DPJ, 2006. p. 246.

150 GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. *O processo* – estudos & pareceres. São Paulo: DPJ, 2006. p. 245; BRITTO, Adriana, A evolução da Defensoria Pública em direção à tutela coletiva, in A defensoria pública e os processos coletivos – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18; LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria pública*. Salvador: JusPodivm, 2010. n. 7.3.3.3.1, p. 234.

151 STJ – 2ª Turma – REsp 1.264.116/RS – rel. Min. Herman Benjamin – j. 18.10.2011 – *DJe* 13.04.2012. Com o mesmo entendimento amplo: STJ – 1ª Turma – REsp 912.849/RS – rel. Min. José Delgado – j. 26.02.2008 – *DJe* 28.04.2008.

152 WAMBIER; Luiz Rodrigues; WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: RT, 2007. p. 312-313; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 156-157; PEREIRA, Marivaldo de Castro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais: atuação como parte legitimada ou como assistente judicial. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 273-278.

153 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 185.

154 SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.448/2007, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). A defensoria pública e os processos coletivos – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 245.

155 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 218.

156 José dos Santos Carvalho Filho (*Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 157) defende a impossibilidade. Contra, no sentido do texto, FERRARESI, Eurico. Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo – instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 208.

157 STF – Plenário – ADIn 3.022/RS – rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 02.08.2004 – *DJ* 04.03.2005, p. 10.

158 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 219; ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei 11.448/2007 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 96-97, SÉGUIN, Elida. Defensoria pública e a tutela do meio ambiente. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 157.

159 LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria pública*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 245-246.

160 CÂMARA, Alexandre Freitas, Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma, in *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

161 Cf. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 259. No mesmo sentido as lições de OLIVEIRA, Waldemar Mariz de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1971. v. I, p. 182-183.

162 Cf. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I, p. 169. Ainda NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 503-504; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 293; FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 155-156.

163 Para análise da jurisprudência, consultar NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 224-227. Ver também Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, p. 400-402.

164 *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 398-399; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 297; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 258.

165 Cf. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 210. Também THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 170; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 165.

166 Cf. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 164.

167 STJ – CC 55.584/SC – Primeira Seção – Rel. Min. Luiz Fux – j. 12.08.2009 – *DJE* 05.10.2009.

168 OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994. p. 86-87. A classificação é criticada por Sandro

Gilbert Martins (*A defesa do executado por meio de ações autônomas* – defesa heterotópica. São Paulo: RT, 2002. p. 127), afirmando que "a classificação de conexão por prejudicialidade impeditiva e determinativa não se coaduna com os critérios que permitem identificar a própria natureza prejudicial entre causas e que permite a reunião dos feitos".

169 Nesse sentido OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994. p. 65; DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2005. p. 146-147.

170 Cf. *A defesa do executado por meio de ações autônomas* – defesa heterotópica. São Paulo: RT, 2002. p. 123. No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexos das ações procedimentalmente autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001. p. 725: "A prejudicialidade, como se sabe, é uma das razões em função das quais se diz que ações são conexas". Ainda THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 281.

171 Cf. *Código de Processo Civil anotado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 505; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 350; BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 73.

172 *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, p. 404. Também ressaltando que não se trata de mera faculdade do juiz, as lições de DALL'AGNOL JR., Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 2, p. 41.

173 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 161.

174 *Instituições de direito processual civil*. São Paulo, Malheiros, 2005. v. 2, p. 578-579.

175 Nesse sentido PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 305. Para CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 78, "as causas podem ser reunidas, por economia processual, e até devem sê-lo quando necessário para evitar decisões eventualmente contraditórias (art. 105)".

176 STJ – 3.ª Turma – REsp 1.255.498/CE – rel. Min. Massami Yueda – rel. p/acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – j. 19.06.2012 – *DJe* 29.08.2012; STJ – 4ª Turma – REsp 1.278.217/MG – rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 16.02.2012 – *DJe* 13.03.2012; STJ – 5ª Turma – REsp 332.967/SP – rel. Min. Laurita Vaz – j. 09.08.2007 – *DJ* 17.09.2007, p. 339.

177 STJ – REsp 42.197/SP – Sexta Turma – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – *DJ* 04.02.2002, p. 575.

178 Nesse sentido ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I, p. 404; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 306.

179 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução:* parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 191; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 253.

180 Cfr. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 253.

181 LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathyana Chaves de. *Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência)*. Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006. p. 196.

182 VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 361.

183 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução:* parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 191.

184 STJ – 4ª Turma – AgRg no Ag 1.144.374/RS – rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 14.04.2011 – *DJe* 03.05.2011; STJ – 2ª Seção – REsp 1.189.679/RS – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 24.11.2010 – *DJe* 17.12.2010.

185 REDONDO, Bruno Garcia;OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo, Mandado de segurança. São Paulo: Método, 2009, p. 155.

186 MEDINA; José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*. São Paulo: RT, 2009. n. 22.2, p. 221; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009. p. 114.

187 BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Na ação do consumidor pode ser inútil a defesa do fornecedor. Revista do Advogado, São Paulo*, AASP, n. 33, 1990. p. 81 e ss.; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993. p. 120-121; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2003. p. 263-264.

188 MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). Processo coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005*. p. 317; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2006*. p. 781.

189 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001*. p. 117; NERY JR. Nelson; NERY, Rosa

Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado. 10. ed. São Paulo: RT, 2008*. p. 1.348; MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 276.

190 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 123; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 412.

191 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 273-274; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 427; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2009. v. 4. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado. 10 ed. São Paulo: RT, 2008*. p. 1.347-1.348.

192 GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 135-136, RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 329.

193 SILVA, José Afonso da. *Ação popular. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007*. p. 273; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 284; ARRUDA ALVIM, Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002. v. 6. p. 37; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 377-378.

194 GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 131-138; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 222-224; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 274.

195 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 327; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 781-782.

196 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 781-782. p. 747; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. n. 1.688, p. 547.

197 GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Coletivo*. Ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 289-290.

198 THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. n. 1.688, p. 547; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 747.

199 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 563; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. n. 11.4.4, p. 403.

200 GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006. p. 241; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 283.

201 Cfr. *A ação civil pública refém do autoritarismo. O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006. p. 241.

202 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 291.

203 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 284; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 148.

204 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 147-148.

205 Cfr. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 748. No mesmo sentido ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 78-79.

206 Cfr. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 749.

207 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 284; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 749; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 265.

208 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 264.

209 Cfr. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 293.

210 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 748.

211 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública refém do autoritarismo. O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006. p. 242. Com a mesma conclusão, mas por razões diversas, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução:* parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 79-80.

212 STJ – EDcl no REsp 167.328/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 01.03.2011 – *DJE* 16.03.2011; STJ – REsp 600.711/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 18.11.2010 – *DJE* 24.11.2010.

213 STJ – Corte Especial – REsp 1.243.887/PR – rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 19.10.2011 – *DJe* 12.12.2011.

214 STJ – 3ª Seção – CC 109.435/PR – rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. 22.09.2010 – *DJe* 15.12.2010.

215 A ação civil pública refém do autoritarismo. *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006. p. 334; ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011. p. 247.

216 STJ – AgRg no REsp 1.096.146/RJ – Segunda Turma – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 19.02.2009 – *DJE* 19.03.2009.

217 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 620.

218 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 621.

219 STJ – REsp 781.446/RN – Terceira Turma – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 03.04.2008 – *DJE* 15.04.2008; AgRg no REsp 1042919/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Humberto Martins – j. 05.03.2009 – *DJE* 31.03.2009.

220 STJ – REsp 891.743/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 13.10.2009 – *Informativo* 411.

221 No mesmo sentido: STJ – REsp 733.456/SP – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 20.09.2007 – *DJ* 22.10.2007.

222 REsp 935.470/MG – Segunda Turma – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 24.08.2010 – *DJE* 30.09.2010.

223 STJ – RMS 30.812/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 04.03.2010 –*DJE* 18.03.2010.

224 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 362.

225 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 365-366; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 105.

226 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 622.

227 WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 122; NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 259; *DIDIER* JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 335; ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011. p. 247; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 102.

228 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 627.

229 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n. 52.1.2, p. 271; MAZZEI, Rodrigo Reis. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2007. p. 155-158.

230 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 4, n. 1.745, p. 634-635.

231 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 615; THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. v. 4, n. 534, p. 623.

232 Nesse sentido CARMONA, Carlos Alberto. O processo de liquidação de sentença. *RePro*, São Paulo, n. 60, out.-dez. 1990, p. 44. SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 197.

233 BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2. p. 39; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 33.

234 Alexandre Freitas Câmara (*A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006) e Araken de Assis (*Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 93) elogiam a mudança legislativa, mas afirmam que nem toda condenação genérica tem como objeto uma obrigação pecuniária.

235 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2008. v. 4, p. 620; ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 305; PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 9, p. 502-503.

236 No sentido do texto, THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 189; MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2007. p. 195-197. Em sentido contrário, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 451.

237 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 399-400.

238 DINAMARCO, Pedro. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. n. 15.1, p. 273.

239 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 405-406.

240 Exemplo de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 167-168.

241 GIDI, Antônio. A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos – *as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007. p. 392.

242 Exemplos dados por Kazuo Watanabe e citado por GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 102.

243 GIDI, Antônio. A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos – *as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007. p. 400.

244 WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 103.

245 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 392; ANDRIGHI, Fátima Nancy. Reflexões acerca da representatividade adequada nas ações coletivas passivas. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337.

246 WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 104-105.

247 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4, p. 404.

248 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. n. 10.5.3.3, p. 334.

249 Dinamarco, *Execução civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 207-208; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução. 3. ed. São Paulo: RT, 2004*, p. 127-128; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.303.

250 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n. 81.2, pp. 352-353; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2007. p. 193; BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2. p. 165.

251 Contra: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado. 10. ed. São Paulo: RT, 2008*, p. 722.

252 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2005. p. 1.789; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodvm, 2009. v. 5. p. 395-396; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 451-452.

253 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 360. No mesmo sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 379.

254 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 360. No mesmo sentido LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 379.

255 *Informativo* 452/STJ: REsp 1.098.242/GO – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 21.10.2010; *Informativo* 422/STJ: CC 96.682/RJ – Terceira Seção – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 10.02.2010.

256 PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998. p. 194; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil*: liquidação e cumprimento. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. n. 3.2.1, p. 380.

257 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil*: liquidação e cumprimento. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. n. 3.2.1, p. 371; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 152; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 740; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 358.

258 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil*: liquidação e cumprimento. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. n. 3.2.1, p. 373.

259 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. n. 41.12.1, p. 938.

260 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 154. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 741; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual de direito do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 181-182.

261 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. n. 34.2, p. 749-753.

262 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4*, n. 1.330, p. 47; THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 13, p. 53.

263 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v.4. São Paulo: Malheiros, 2004 n. 1.330, p. 47-48.

264 BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 175-176, apontando para lições de Carnelutti ao falar em "sanções premiadoras".

265 BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil anotado*. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.413.

266 THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 474, p. 558.

267 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. n. 9.7, p. 254-255.

268 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. n. 3.27.1.6, p. 222.

269 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, n. 1.637, p. 474.

270 *Informativo* 422/STJ: 1ª Turma – REsp 1.098.028-SP – rel. Min. Luiz Fux – j. 09.02.2010; STJ – 3ª Turma – AgRg no REsp 1.116.800/RS – rel. Min. Massami Uyeda – j. 08.09.2009 – *DJe* 25.09.2009.

271 SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa*: Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas, 2010, p. 198.

272 STJ – 2ª Turma – REsp 1.120.117/AC – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 10.11.2009 – *DJe* 19.11.2009.

273 STJ – 2ª Turma – REsp 1.225.489/SP – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 22.02.2011 – *DJe* 04.03.2011.

274 STJ – 3ª Turma – AgRg no AREsp 113.967/PR – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 19.06.2012 – *DJe* 22.06.2012; STJ – 2ª Turma – AgRg no REsp 1.185.347/RS – Rel. Min. Humberto Martins – j. 17.04.2012 – *DJe* 25.04.2012; STJ – 4ª Turma – AgRg no AREsp 114.401/PR – Rel. Min. Maria Isabel Gallotti – j. 13.03.2012 – *DJe* 23.03.2012; STJ – 1ª Turma – EDcl no REsp 716.991/SP – Rel. Min. Luiz Fux – j. 18.05.2010 – *DJe* 23.06.2010.

275 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos I*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 161; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 2007. v. 2, p. 246-247.

276 STJ – 3ª Turma – REsp 995.995/DF – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 19.08.2010 – *DJe* 16.11.2010.

277 *Informativo* 515/STJ: 3ª Turma – REsp 1.273.643-PR – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 27.02.2013; STJ – 4ª Turma – EDcl no AREsp 99.533/PR – Rel. Min. Raul Araújo – j. 19.06.2012 – *DJe* 29.06.2012.

278 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 322.

279 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 374.

280 RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Ação civil pública. In: DIDIER JR., Fredie (coord). 4. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009*, p. 321.

281 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual de direito do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 186.

282 GRINOVER, Ada Pellegrini. . *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 163; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual de direito do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 183.

283 STJ – 4ª Turma – REsp 996.771/RN – rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 06.03.2012 – *DJe* 23.04.2012.

284 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011. p. 239; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 381.

285 REsp 1.187.632-DF – 4ª Turma – rel. originário Min. João Otávio de Noronha, rel. p/acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira – j. 05.06.2012 – *Informativo* 499/STJ.

286 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 163.

287 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011. p. 238-239.

288 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4. p. 389; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 381.

289 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999..p. 154.

290 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 193.

291 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 189.

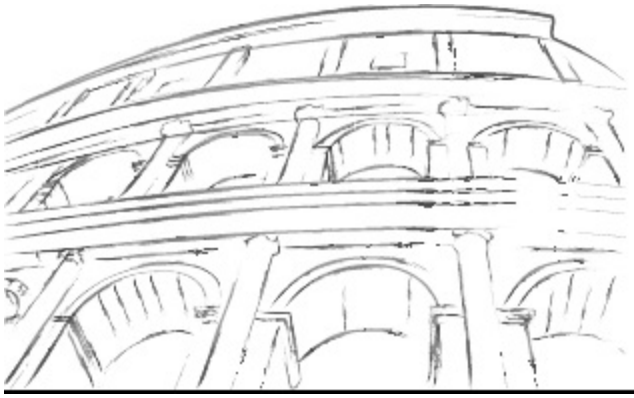
292 LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. 379; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 741; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 157-158.

293 Cfr. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 157-158.

294 STJ – AgRg no Ag 1.391.935/SC – Segunda Turma – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 19.05.2011 – *DJE* 31.05.2011; STJ – AgRg no REsp 1.206.708/RS – Primeira Turma – Rel. Min. Benedito Gonçalves – j. 14.04.2011 – *DJE* 19.04.2011.

295 STJ – EREsp 760.840/RS – Corte Especial – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 04.11.2009 – *Informativo* 414.

296 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 462.



12

ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sumário: 12.1. Introdução – 12.2. Responsabilidade patrimonial secundária – 12.3. Forma procedimental da desconsideração da personalidade jurídica – 12.4. A desconsideração da personalidade jurídica – 12.5. Recorribilidade da decisão que desconsidera a personalidade jurídica – 12.6. Qualidade processual do sócio – meio de defesa adequado – 12.7. Desconsideração da personalidade jurídica de ofício.

12.1. INTRODUÇÃO

A desconsideração da personalidade jurídica tem como objetivo permitir atos de constrição e futura expropriação de bens do patrimônio de sócios diante da satisfação de uma dívida contraída pela sociedade empresarial. Trata-se, portanto, de construção de direito material que só terá aplicabilidade no processo, mais precisamente na execução ou falência, quando serão praticados os atos de constrição/expropriação de bens. Os aspectos processuais, portanto, são indispensáveis na exata compreensão da desconsideração da personalidade jurídica.

12.2. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL SECUNDÁRIA

A responsabilidade patrimonial é indiscutivelmente instituto de direito processual[1], compreendida como a possibilidade de sujeição de um determinado patrimônio à satisfação do direito substancial do credor. Por outro lado, a obrigação é instituto de direito material, representado por uma situação jurídica de desvantagem. Contraída a obrigação, uma parte tem o dever de satisfazer o direito da outra, e quando isso não ocorre surge a dívida, instituto atinente ao direito material. Também existe a responsabilidade patrimonial para o caso de inadimplemento, ou seja, quando a dívida não é satisfeita voluntariamente pelo devedor, surge a possibilidade de sujeição do patrimônio de algum sujeito – geralmente o próprio devedor – para assegurar a satisfação do direito do credor na execução[2]. Em razão dessa distinção, fala-se que a obrigação é *estática*, gerando uma mera expectativa de satisfação, enquanto a responsabilidade patrimonial é *dinâmica*, representada

pela forma jurisdicional de efetiva satisfação do direito[3].

A distinção é interessante e ganha importância sempre que existe dívida e não responsabilidade e vice-versa[4]. Tome-se como exemplo a dívida de jogo, situação em que existe a dívida, mas o patrimônio do devedor não responde por sua satisfação. É certo que existe dívida, tanto que, se houver quitação voluntária, não caberá ação de repetição de indébito, mas não haverá responsabilidade patrimonial do devedor derivada do inadimplemento. Por outro lado, por exemplo, em determinadas situações expressamente previstas em lei, o sócio pode ter seu patrimônio afetado por uma dívida da sociedade, justamente por ter responsabilidade patrimonial, mesmo que o devedor seja outrem (no caso, a sociedade).

É o patrimônio do devedor que geralmente responde por sua dívida, mas em algumas situações específicas mesmo aquele que não participou da relação de direito material obrigacional se vê responsável por sua satisfação. Seguindo as lições de Liebman, a doutrina nacional qualifica tal situação como "responsabilidade executória secundária", prevista no art. 592 do CPC. Dessa forma, a responsabilidade patrimonial do devedor é primária, enquanto nas situações previstas em lei a responsabilidade do sujeito que não é obrigado (plano do direito material) é secundária[5].

O art. 592 do CPC é responsável pelo tratamento das hipóteses de responsabilidade secundária, sendo de interesse para o presente tema o inciso II do dispositivo legal, ao prever a responsabilidade patrimonial dos sócios nos termos da lei. Sempre me pareceu ser nesse dispositivo incluídas as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, a partir da qual o patrimônio do sócio (não devedor) passa a responder pela satisfação da dívida contraída pela sociedade empresarial (devedora).

Os artigos que tratam da desconsideração da personalidade jurídica não criam propriamente a responsabilidade secundária dos sócios, apenas completando a previsão do art. 592, II, do CPC, ao prever as condições para que os sócios passem a responder com seus patrimônios pela dívida da sociedade empresarial.

Registre-se, por fim, que nem só de desconsideração da personalidade jurídica vive o art. 592, II, do CPC. Nas **leis societárias** é possível a criação de regras que concebam a responsabilidade patrimonial do sócio, existindo atualmente determinadas espécies de sociedade, nas quais este responde com o seu patrimônio pelas dívidas da sociedade em qualquer situação de inadimplemento. É o caso da sociedade em nome coletivo (art. 1.039 do CC) e do sócio comanditado na sociedade em comandita simples (art. 1.045, *caput*, do CC). Ocorre, entretanto, que nesse caso não parece ser a responsabilidade dos sócios secundária, porque o texto legal é claro ao prever uma solidariedade passiva entre o sócio e a sociedade pelas dívidas contraídas por esta. Parece tratar-se, portanto, de *responsabilidade primária subsidiária*. O mesmo fenômeno verifica-se nas hipóteses de sociedade irregular e de sociedade de fato, nas quais a responsabilidade do sócio é solidária e ilimitada (art. 990 do CC)[6].

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido, conforme julgado assim publicado no seu Informativo n. 468:

> "*In casu*, a sociedade empresária recorrida ajuizou, na origem, ação de cobrança e ressarcimento em desfavor das recorrentes sob a alegação de que o contrato de prestação de serviços celebrado com a sociedade civil da qual elas eram sócias – extinta pelo decurso do prazo – não foi cumprido. Esse contrato previa a elaboração pela recorrida do *marketing* do texto que

seria entregue ao comitê olímpico quando da apresentação da candidatura de cidade brasileira para sediar os jogos olímpicos de 2004. Nos recursos especiais, as sócias sustentaram, entre outras questões, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, a irregularidade da desconsideração da personalidade jurídica e a impossibilidade de se comprovar a prestação do serviço por prova exclusivamente testemunhal. Nesse contexto, a Turma negou-lhes provimento por entender que, nas sociedades cuja responsabilidade dos sócios é ilimitada – como na hipótese, em que se trata de sociedade simples –, uma vez exaurido o patrimônio da pessoa jurídica, não é necessário desconsiderar sua personalidade para que se atinjam os bens dos sócios, conforme o art. 1.023 do CC/2002, o que evidencia a legitimidade das recorrentes para figurar na demanda. Ressaltou-se ainda que a vedação para utilizar prova exclusivamente testemunhal descrita nos arts. 401 do CPC e 227 do CC/2002 restringe-se à demonstração da existência do negócio jurídico em si, não alcançando a verificação dos fatos e circunstâncias atinentes ao contrato. Precedente citado: EREsp 263.387-PE, *DJ* 17.03.2003" (STJ – REsp 895.792-RJ – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 07.04.2011).

12.3. FORMA PROCEDIMENTAL DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Muito se discute na doutrina a forma procedimental para a desconsideração da personalidade jurídica. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a desconsideração pode ocorrer em qualquer fase do processo, não havendo que se falar em decadência de um direito potestativo[7]. Existe dúvida, entretanto, de como deve ser conduzido procedimentalmente para se efetivar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial.

A desconsideração tem natureza constitutiva, considerando-se que por meio dela tem-se a criação de uma nova situação jurídica. Seria possível a criação dessa nova situação jurídica de forma incidental no processo/fase de execução ou caberia ao interessado a propositura de uma ação incidental com esse propósito?

Há corrente doutrinária que defende a existência de um processo de conhecimento com os pretensos responsáveis patrimoniais secundários compondo o polo passivo para se discutir os requisitos indispensáveis à desconsideração da personalidade jurídica. Cândido Rangel Dinamarco, ao elaborar parecer a respeito do tema, afirma que "seria indispensável colocar esses fatos supostamente caracterizadores da fraude ou da sucessão em algum processo de conhecimento, no qual em sentença o juiz declarasse que a consulente é, ou não é, cotitular da obrigação ou mesmo de responsabilidade por obrigação alheia"[8].

Na realidade, para a corrente doutrinária que defende a existência de um processo para a desconsideração da personalidade jurídica, a maior parte dos doutrinadores afirma que, havendo processo de conhecimento contra a sociedade patrimonial, basta a formação de um litisconsórcio passivo com os sócios. Não seria, portanto, necessário um processo autônomo com o objetivo exclusivo de se determinar a desconsideração, bastando o aproveitamento em contraditório do processo já existente contra a sociedade empresarial devedora[9]. Durante a execução, para uns seria necessário um incidente processual[10], enquanto para outros uma ação própria para a desconsideração[11].

Por outro lado, há doutrina que afirma que, estando presentes os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, "e o credor consiga prová-los ou ao menos trazer fortes indícios desses fatos, conhecíveis de plano, deverá o juiz determinar a desconsideração, acatando o requerimento do exequente, tornando passíveis de penhora os bens dos terceiros que compõem o quadro societário da executada"[12]. O Superior Tribunal de Justiça vem prestigiando o entendimento,

conforme julgado publicado no seu *Informativo 302*:

> "Inicialmente, o Min. Relator destacou tratar-se de recurso especial proveniente de decisão interlocutória proferida no curso de execução de título extrajudicial, estando caracterizada a excepcionalidade da situação de molde a afastar o regime de retenção, porquanto não caracterizadas as hipóteses taxativas do art. 542, § 3.º, do CPC. No caso, a empresa distribuidora de peças ajuizou ação de execução contra a recorrida com base em títulos executivos extrajudiciais. E, não realizada a penhora pelo fato de terem sido encontrados apenas bens considerados de família, a exequente requereu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, alegando dissolução irregular dessa, não subsistindo "bens que respondam pelo passivo". O juiz indeferiu o pedido ao argumento de que a desconsideração da pessoa jurídica só pode ocorrer no devido processo legal. O cerne da questão é analisar a possibilidade de o julgador decidir acerca da desconsideração da personalidade jurídica de empresa executada no curso do processo executivo. Isso posto, este Superior Tribunal tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma. Precedentes citados: REsp 521.049-SP, *DJ* 03.10.2005; REsp 598.111-AM, *DJ* 21.06.2004; RMS 16.274-SP, *DJ* 02.08.2004; AgRg no REsp 798.095-SP, *DJ* 1.º.08.2006, e REsp 767.021-RJ, *DJ* 12.09.2005" (STJ – REsp 331.478-RJ – Rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 24.10.2006).

Compreendo que o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça esteja fundado nos princípios da celeridade e da economia processual, até porque exigir-se um processo de conhecimento para se chegar à desconsideração da personalidade jurídica atrasaria de forma significativa a satisfação do direito, além de ser claramente um caminho mais complexo que um mero incidente processual na própria execução ou falência.

12.4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Conforme analisado no item anterior, existe divergência doutrinária a respeito da necessidade de processo autônomo ou se basta um mero incidente processual para o reconhecimento dos requisitos legais e consequente desconsideração da personalidade jurídica. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é pela desconsideração pelo mero incidente processual no momento de satisfação do direito, tanto na execução como na falência.

Essa simplicidade procedimental, elogiável à luz dos princípios da efetividade da tutela executiva e da celeridade e economia processual, que também pode ser compreendida como resultante do sincretismo processual vivenciado atualmente no direito processual pátrio, vem levando a uma consequência prática bastante criticada por considerável parcela da doutrina.

A dispensa de um processo autônomo vem permitindo na praxe forense a desconsideração sem qualquer oitiva prévia dos maiores atingidos por ela: a sociedade empresarial e os sócios que passaram a responder por suas dívidas. O que se tem notado com extrema frequência é a desconsideração *inaudita altera parte*, diante apenas do pedido do exequente ou do autor da ação de falência. A pergunta que deve ser respondida é: tal postura afronta o princípio do contraditório?

Segundo o art. 5.º, LV, da CF/1988, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Também na Lei de Arbitragem (art. 21, § 2.º, da Lei 9.307/1996) existe expressa previsão para que se cumpra o contraditório no processo arbitral.

Tradicionalmente, considera-se ser o princípio do contraditório formado por dois elementos: informação e possibilidade de reação. Sua importância é tamanha que a doutrina moderna entende

tratar-se de elemento componente do próprio conceito de processo. Nessa perspectiva, as partes devem ser devidamente comunicadas de todos os atos processuais, abrindo-se a elas a oportunidade de reação como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses em juízo. Sendo o contraditório aplicável a ambas as partes, costuma-se também empregar a expressão "bilateralidade da audiência", representativa da paridade de armas entre as partes que se contrapõem em juízo[13].

Percebeu-se, muito por influência de estudos alemães sobre o tema, que o conceito tradicional de contraditório fundado no binômio "informação + possibilidade de reação" garantia tão somente no aspecto formal a observação desse princípio. Para que seja substancialmente respeitado, não basta informar e permitir a reação, mas exigir que essa reação no caso concreto tenha real poder de influenciar o juiz na formação de seu convencimento[14]. A reação deve ser apta a efetivamente influenciar o juiz na prolação de sua decisão, porque, em caso contrário, o contraditório seria mais um princípio "para inglês ver", sem grande significação prática. O "poder de influência" passa a ser, portanto, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto os elementos da informação e da reação.

Essa nova visão do princípio do contraditório reconhece a importância da efetiva participação das partes na formação do convencimento do juiz, mas a sua real aplicação depende essencialmente de se convencerem os juízes de que assim deve ser no caso concreto. Posturas como a do juiz que recebe a defesa escrita em audiência nos Juizados Especiais e, sem sequer folhear a peça, passa a sentenciar certamente não vão ao encontro da nova visão do contraditório. O mesmo ocorre quando desembargadores conversam, leem ou, excepcionalmente, se ausentam enquanto o advogado faz sustentação oral perante o Tribunal. Como observa a melhor doutrina, somente por meio de um constante e intenso diálogo do juiz com as partes se concretizará o contraditório participativo, mediante o qual o poder de influência se tornará uma realidade[15].

Para parcela da doutrina, ainda que se admita a desconsideração da personalidade jurídica por meio de mero incidente processual, os interessados devem ser ouvidos antes da decisão judicial, justamente para se preservar o princípio do contraditório. Nesse sentido as lições de Humberto Theodoro Jr.:

> "Para, entanto, respeitar-se o devido processo legal e assegurar-se o contraditório e a ampla defesa, é indispensável que o sócio seja citado em nome próprio para integrar a relação processual da execução"[16].

Qualquer entendimento que busque preservar o princípio do contraditório deve ser tomado com seriedade, considerando a sua posição de destaque em nosso sistema processual. Ocorre, entretanto, que a oitiva prévia do interessado é medida indispensável apenas no chamado "contraditório tradicional", sendo outra a técnica procedimental adotada no chamado "contraditório diferido ou postecipado".

A estrutura básica do contraditório é: (i) pedido; (ii) informação da parte contrária; (iii) reação possível; (iv) decisão. Essa ordem dos elementos que, de maneira mais completa, determina o contraditório é percebida inclusive na estrutura do processo de conhecimento: (i) petição inicial; (ii) citação; (iii) respostas do réu; (iv) sentença.

É, realmente, mais adequada a estrutura do princípio do contraditório, porque a decisão a ser proferida pelo juiz só ocorre depois da oportunidade de ambas as partes se manifestarem a respeito

da matéria que formará o objeto da decisão.

Essa ordem, apesar de ser a preferível, pode excepcionalmente ser afastada pelo legislador, como ocorre na concessão das tutelas de urgência *inaudita altera partes*, em situações de extrema urgência nas quais a decisão do juiz deve preceder a informação e reação da parte contrária após a prolação da decisão. Nesse caso, haverá um "contraditório diferido ou postecipado", porque, apesar de os elementos essenciais do princípio continuarem a existir, a inversão da sua ordem tradicional antecipa a decisão para o momento imediatamente posterior ao pedido da parte[17]. A estrutura do contraditório diferido é: (i) pedido; (ii) decisão; (iii) informação da parte contrária; (iv) decisão.

A técnica do contraditório diferido (ou postecipado) é cabível na tutela de evidência, sendo ou não tutela de urgência. Tutela de evidência é aquela fundada na grande probabilidade de a parte ter o direito que alega, não sendo crível que, à luz do princípio do acesso à ordem jurídica justa, tenha que esperar o final do processo para que seja a tutela concedida jurisdicionalmente[18]. Nesses casos concede-se a tutela e, posteriormente, se informa ao réu para que possa reagir.

O contraditório diferido é excepcional, devendo ser utilizado com extrema parcimônia, até porque a prolação de decisão sem a oitiva do réu capaz de invadir a esfera de influência do sujeito que não foi ouvido é sempre uma violência[19]. Apesar disso, seja em razão do manifesto perigo de ineficácia (tutela de urgência), seja pela enorme probabilidade de o direito existir (tutela de evidência), o contraditório diferido cumpre com a promessa constitucional do art. 5.º, LV, da CF/1988.

Entendo que, na hipótese específica de desconsideração da personalidade jurídica, seja possível a adoção do contraditório diferido, havendo suficiente evidência de que seja possível a adoção de tal forma de responsabilização secundária dos sócios. Adotada a tese menor da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito consumerista, os indícios devem se limitar à indicação de insuficiência de patrimônio da sociedade empresarial para fazer frente à satisfação da obrigação. Havendo essa prova indiciária, não entendo haver qualquer ofensa ao princípio do contraditório a decisão liminar de desconsideração, com posterior informação aos sócios, e a abertura de seu prazo de defesa[20].

O Superior Tribunal de Justiça parece concordar com a desnecessidade de informação prévia aos sócios, entendendo que sua citação deve ocorrer somente após a realização da penhora de seus bens:

> "Processo civil. Violação do art. 535, II, do CPC. Não ocorrência. Execução. Desconsideração da personalidade jurídica. Penhora dos bens do sócio. Necessidade de citação. Divergência jurisprudencial. Não comprovação. 1. Não há por que falar em violação do art. 535, II, do CPC nas hipóteses em que o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Impõe-se a citação do sócio nos casos em que seus bens sejam objeto de penhora por débito da sociedade executada que teve a sua personalidade jurídica desconsiderada. 3. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando não demonstra o recorrente a identidade de bases fáticas entre os julgados indicados como divergentes. 4. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 686.112/RJ – Recurso Especial 2004/0133803-4 – Rel. Min. João Otávio de Noronha (1123) – Quarta Turma – j. 08.04.2008 – *DJe* 28.04.2008).

No PLNCPC há expressa consagração do contraditório tradicional, nos termos do art. 135, que prevê que, instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou a pessoa jurídica (desconsideração inversa) será citado para manifestar-se e requerer a produção de provas no prazo de quinze dias. Já o art. 136 prevê que a decisão (interlocutória) do incidente ocorre apenas após esse momento e o da produção da prova, sempre que necessária, sendo recorrível por agravo de

instrumento quando proferida pelo juízo de primeiro grau e por agravo interno quando proferida pelo relator no tribunal.

12.5. RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE DESCONSIDERA A PERSONALIDADE JURÍDICA

Adotando-se o entendimento já consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça de que basta um incidente processual para a desconsideração da personalidade jurídica, a decisão que a decretar terá naturalmente natureza interlocutória, resolvendo apenas uma questão incidental da execução ou da falência. Tratando-se de decisão interlocutória, será impugnável pelo recurso de agravo, nos termos do art. 522 do CPC, bastando se determinar se o recurso será na forma retida ou por instrumento.

A questão do cabimento deve ser analisada como matéria preliminar desses recursos, porque a lei, ao prever as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, automaticamente, e de forma subsidiária, prevê também as hipóteses de cabimento do agravo retido. É natural que assim seja, porque, existindo somente duas espécies de agravo contra decisão interlocutória de primeiro grau, caberá uma das espécies sempre que a outra não for cabível. Ainda que o art. 522, *caput*, do CPC preveja somente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, subsidiariamente, e de forma implícita, indica também as hipóteses de cabimento do agravo retido.

Segundo a previsão contida no art. 522, *caput*, do CPC, o agravo retido será cabível contra as decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau de jurisdição, salvo em três hipóteses, quando será cabível o agravo de instrumento: (i) decisão que não recebe a apelação; (ii) decisão que determina os efeitos de recebimento da apelação; e (iii) decisão apta a gerar lesão grave e de difícil reparação.

Além dessas três hipóteses, registre-se o cabimento do agravo de instrumento sempre que houver uma **expressa previsão legal** nesse sentido, como ocorre nos arts. 475-H do CPC (decisão da liquidação de sentença) e 475-M, § 3.º, do CPC (decisão da impugnação que não põe fim ao cumprimento de sentença). Como facilmente se pode notar, o cabimento do agravo retido é *residual*, sendo aplicável sempre que nenhuma das hipóteses previstas em lei se verificar no caso concreto. Das três hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, duas não trazem maiores dificuldades de compreensão, tampouco de identificação, o que será feito de forma objetiva no caso concreto.

A decisão que não recebe a apelação naturalmente não é recorrível por agravo retido, porque essa espécie de agravo só é julgada no momento do julgamento da apelação ou, para ser mais exato, imediatamente após o conhecimento desse recurso pelo Tribunal de segundo grau. Assim, a interposição de agravo retido, nesse caso, faria com que ambos os recursos "morressem abraçados", jamais chegando ao conhecimento do tribunal.

Os efeitos em que a apelação é recebida é questão que perde toda a sua importância no momento de julgamento desse recurso, porque aí a questão dos efeitos fará parte do passado. Não teria qualquer justificativa lógica ou jurídica exigir da parte que não se conforma com os efeitos de recebimento da apelação a interposição de agravo retido, daí o expresso cabimento do agravo de instrumento.

Nessas duas hipóteses descritas, em verdade, o agravo retido seria inútil, faltando à parte

interesse recursal, na modalidade adequação. A inaptidão de conseguir reverter a sucumbência suportada pela parte é razão suficiente para elogiar o legislador em excluir tais situações do cabimento do agravo retido. Existe inclusive doutrina que defende o entendimento de que o agravo de instrumento será cabível sempre que o agravo retido se mostrar inútil no caso concreto[21], o que se mostra de forma manifesta na decisão que não recebe a apelação e na decisão que declara os efeitos do recebimento de tal recurso.

A terceira hipótese de cabimento do agravo de instrumento, justamente a aplicável ao caso concreto, traz sérias complicações no tocante a sua aferição, porque não é possível realizar uma análise objetiva como nas duas hipóteses já enfrentadas. Aliás, pelo contrário, considerando-se que o legislador se valeu de conceito indeterminado, exigindo-se do operador grande trabalho no caso concreto para determinar o que significa "decisão apta a gerar graves danos de difícil reparação". Justamente em razão das incertezas que rondam essa hipótese de cabimento, e visando não onerar em demasia a parte recorrente, o art. 527, II, do CPC prevê que, sendo interposto o agravo de instrumento em situação na qual o Tribunal de segundo grau entenda cabível o agravo retido, não será caso de não conhecimento do recurso, mas de sua **conversão**. Ainda que o dispositivo legal mencionado não faça expressa remissão à hipótese de cabimento do agravo de instrumento ora enfrentada, é correta a conclusão de que seja aplicável nas hipóteses em que as visões do agravante e do órgão jurisdicional divergem a respeito do que seja decisão apta a gerar graves danos de difícil reparação.

É importante frisar que não é propriamente a questão de a decisão gerar lesão grave e de difícil reparação que permitirá o ingresso de agravo de instrumento, mas sim a lesão somada à exigência de interposição de agravo retido. São situações nas quais, seja pelo ponto de vista do recorrente, seja pelo ponto de vista do próprio processo, o agravo de instrumento se faz necessário como forma de evitar que a pleiteada revisão da decisão interlocutória se faça somente no momento de julgamento da apelação. A demora natural no julgamento do agravo retido cria a aptidão da decisão de gerar lesão grave e de difícil reparação[22].

A doutrina aponta para a existência de duas diferentes espécies de "lesão grave" que legitimam a interposição do agravo de instrumento. A primeira e mais comum diz respeito ao aspecto material da lesão, ou seja, a lesão que a decisão gerará à parte sucumbente fora do processo, no *plano dos fatos*. Uma decisão que indefere um pedido de concessão de medida de urgência – liminar ou tutela antecipada – traz em si mesma uma urgência absolutamente incompatível com o tempo de espera para o julgamento do agravo retido. Nesse tocante, inclusive, é possível até mesmo criar uma regra não escrita no sistema de cabimento de agravo contra decisão interlocutória de primeiro grau: tratando-se de decisão – concessiva ou denegatória – de tutela de urgência, será sempre cabível o recurso de agravo de instrumento[23]. É lamentável constatar que alguns desembargadores ainda não compreenderam tal realidade, convertendo o agravo de instrumento em agravo retido com o argumento de que a urgência mencionada pelo recorrente não se encontra presente no caso concreto. Nesse caso, a urgência é a matéria de mérito do recurso, cabendo ao órgão colegiado ou ao relator monocraticamente, se for o caso (art. 557 do CPC), negar provimento ao recurso, mas nunca convertê-lo em agravo retido.

Por outro lado, a lesão grave pode se manifestar no aspecto processual, ainda que no plano dos fatos não exista no caso concreto perigo de a parte suportar grave lesão. A *lesão processual*

fundamenta-se no argumento de que o futuro provimento do agravo retido, caso a parte seja obrigada a interpô-lo, gerará um *grave dano ao processo*, por meio da anulação de parte considerável dos atos processuais praticados após a prolação da decisão interlocutória impugnada[24]. A lesão, nesse caso, afrontaria não tão diretamente o aspecto jurídico-material do agravante, mas o princípio da economia processual, com o dispêndio inútil de esforço e tempo na prática de atos processuais que futuramente serão anulados em razão do efeito expansivo objetivo externo do agravo retido provido.

Entendo que a decisão que desconsidera a responsabilidade jurídica, passando a determinar a responsabilidade patrimonial dos sócios, seja apta a gerar grave lesão, ainda mais quando o Superior Tribunal de Justiça decide que a decisão sofre preclusão se não for devidamente impugnada[25]. Dessa forma, entendo viável o cabimento do agravo de instrumento contra tal decisão, considerando que o agravo retido não teria qualquer utilidade prática. Ademais, conforme ensina a melhor doutrina, a regra de retenção do agravo não parece ser aplicável à regra de retenção do agravo no *processo de execução* e na fase de *cumprimento de sentença*, considerando-se que nestas a sentença que encerra o procedimento dificilmente será impugnável por apelação, por falta de interesse na interposição desse recurso. Essa decisão somente declara extinto o procedimento, nada decidindo, de forma que a sua recorribilidade por apelação é duvidosa, o que traria enormes dificuldades práticas para o subimento do agravo retido ao tribunal[26].

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu que tanto os sócios como a própria sociedade empresarial terão legitimidade recursal – melhor teria sido a referência a interesse – para agravar da decisão ora analisada (*Informativo 422*):

> "A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de ignorar a personalidade jurídica autônoma de entidade sempre que essa venha a ser utilizada para fins fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Quando houver abuso, desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre os bens da sociedade e dos sócios, caberá a aplicação do referido instituto. Assim, uma vez que desconsiderada a personalidade jurídica, tanto a sociedade quanto os sócios têm legitimidade para recorrer dessa decisão. Precedente citado: REsp 170.034-SP, *DJ* 23.10.2000" (STJ – REsp 715.231-SP – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 09.02.2010).

Na realidade, a depender da premissa adotada, conforme será visto no item seguinte, o sócio, diante da desconsideração da personalidade jurídica, se torna parte no processo ou mantém-se como terceiro. No primeiro caso, terá legitimidade/interesse como parte; no segundo, terá legitimidade/interesse como terceiro prejudicado, ambos sujeitos legitimados pelo art. 499 do CPC.

12.6. QUALIDADE PROCESSUAL DO SÓCIO – MEIO DE DEFESA ADEQUADO

Conforme amplamente defendido, o sócio passa a partir da desconsideração da personalidade jurídica a ser responsável patrimonial secundário pela dívida da sociedade empresarial. Será o sócio legitimado a formar um litisconsórcio passivo ulterior, transformando-se em executado junto à sociedade empresarial ou continuará com um terceiro no processo? A resposta a esse questionamento é resultante da definição da qualidade processual do responsável patrimonial secundário.

O responsável patrimonial secundário, com hipóteses previstas pelo art. 592 do CPC, mesmo não sendo devedor, responde com seus bens pela satisfação da obrigação em juízo. É preciso atentar que, no tocante a pelo menos duas hipóteses de responsabilidade secundária, a questão da legitimidade

passiva é totalmente superada pelo próprio art. 568 do CPC, que em seus dois últimos incisos prevê expressamente a legitimidade passiva do fiador judicial e do responsável tributário, sendo, ambos, sujeitos que não são devedores, mas que respondem com seus bens – na primeira hipótese com bem determinado – pela satisfação da obrigação. A questão, entretanto, remanesce relativamente aos demais responsáveis secundários, em especial àqueles indicados pelo art. 592 do CPC.

Parte da doutrina entende que não se deve considerar o responsável patrimonial como parte na demanda executiva, ainda que sejam seus bens que respondam pela satisfação da obrigação, em interpretação que limita a legitimação passiva da execução aos sujeitos previstos no art. 568 do CPC. Por esse entendimento, não se devem confundir a *legitimidade passiva* e a *responsabilidade secundária*, sendo que o sujeito passivo é o executado, enquanto o responsável não é executado, tão somente ficando seus bens sujeitos à execução[27]. Para outra corrente doutrinária, o legislador indevidamente separou o tema da legitimidade passiva da responsabilidade patrimonial, não se podendo admitir que o sujeito que potencialmente perderá seu bem em virtude da expropriação judicial não seja considerado parte na demanda executiva[28].

Sendo o sujeito responsável por dívida que não é sua – responsabilidade patrimonial secundária –, é natural que seja considerado parte na demanda executiva, visto que será o maior interessado em apresentar defesa para evitar a expropriação de seu bem. O devedor, que também deverá estar na demanda como litisconsorte passivo, poderá não ter tanto interesse assim na apresentação da defesa, imaginando que, em razão da propriedade do bem penhorado, naquele momento o maior prejudicado será o responsável secundário e não ele.

Trata-se de *legitimação extraordinária*, porque o responsável secundário estará em juízo em nome próprio e na defesa de interesse de outrem, o devedor[29]. Além de extraordinária, parece que tal legitimação permite que os responsáveis secundários sejam demandados já inicialmente, em litisconsórcio inicial com o devedor, em especial quando a própria lei expressamente prevê sua legitimidade, como ocorre com o fiador judicial e o responsável patrimonial. Caso tal litisconsórcio não seja formado no início da demanda, penhorado o bem de sujeito que até então não participa como parte na demanda judicial, a ciência desse ato processual deverá se realizar por meio de sua citação, o que o integrará à relação jurídica executiva supervenientemente[30].

Para os responsáveis patrimoniais que não têm sua legitimidade passiva expressamente prevista em lei, a *legitimação extraordinária* apresenta uma particularidade interessante, considerando-se que para esses sujeitos ela só surgirá no caso concreto quando ocorrer a efetiva constrição judicial do bem do responsável secundário. Não teria qualquer sentido a citação de todos os sócios da pessoa jurídica se na execução não houver qualquer tipo de constrição judicial, desejada pelo exequente ou efetivamente ocorrida, de bens desses sócios. Há, portanto, uma condição para que a legitimidade extraordinária nesse caso exista: o patrimônio do responsável secundário efetivamente responder no caso concreto pela execução.

Dessa forma, para que seja demonstrada a legitimação do responsável secundário já com a distribuição da petição inicial (processo autônomo executivo) ou com o protocolo do requerimento (cumprimento de sentença), é imprescindível que o exequente indique nessas peças processuais bens do patrimônio do responsável secundário (art. 475-J, § 3.º, do CPC e art. 652, § 2.º, do CPC), o que justificará sua presença no polo passivo da demanda[31]. Por outro lado, essa legitimidade poderá se mostrar no caso concreto supervenientemente, com a efetiva constrição de bem que não pertence ao

executado. No momento processual da penhora o responsável secundário é um terceiro, mas sofrendo a constrição judicial deverá ser citado na demanda executiva, passando a integrar o polo passivo como parte.

Especificamente a respeito do sócio na desconsideração da personalidade jurídica, vale a precisa lição de Teori Albino Zavascki:

> "Em qualquer dos casos de responsabilidade subsidiária, proposta a execução contra a pessoa jurídica e não tendo ela força patrimonial suficiente para suportar a obrigação, poderão os atos executivos ser 'redirecionados' contra o patrimônio do sócio responsável, 'hipótese em que este deve ser preliminarmente citado em nome próprio para se defender da responsabilidade imputada, cuja causa o credor deve traduzir em petição clara e precisa'. Essa orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, calcada em entendimento semelhante do Supremo Tribunal Federal, evidencia a opção pela corrente doutrinária segundo a qual o responsável é parte, e não terceiro, no processo de execução, razão pela qual há de se defender por embargos do devedor, e não por embargos de terceiro".

A importância prática de se definir a qualidade processual do sócio após a desconsideração da personalidade jurídica é a defesa adequada a apresentar na execução: sendo terceiro, a defesa parece ser mais adequadamente apresentada por meio de embargos de terceiro; sendo parte, a defesa será elaborada por meio de embargos à execução (ou mesmo impugnação, no caso de cumprimento de sentença). O Superior Tribunal de Justiça parece adotar o segundo entendimento, ao apontar a citação do sócio e sua integração à relação jurídica processual executiva.

Entendo que está absolutamente correto o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, até porque considero que todos os responsáveis patrimoniais secundários, ao terem bem de seu patrimônio constrito em processo alheio, automaticamente passam a ter legitimidade passiva, e, uma vez sendo citados ou integrando-se voluntariamente ao processo, formarão um litisconsórcio passivo ulterior com o devedor.

Poder-se-á afirmar que a defesa adequada são os embargos de terceiro, porque, não concordando o sócio com a desconsideração, deve alegar que não tem responsabilidade patrimonial secundária e, dessa forma, deve ser tratado como um mero terceiro no processo. O problema, entretanto, é a distância entre a qualidade real que o sócio adquire no processo ao ser citado e a qualidade que ele gostaria de ter.

Importante notar que o conceito de parte na demanda ou no processo não se confunde com o conceito de parte material, que é o sujeito que participa da relação de direito material que constitui o objeto do processo. Dessa forma, mesmo que não seja o titular dessa relação de direito material, mas participe do processo, o sujeito será considerado parte processual, independentemente da legalidade de sua presença no processo. É por isso que, mesmo sendo parte ilegítima, o sujeito é considerado parte processual pelo simples fato de participar do processo[32]. Significa dizer que o sócio será parte querendo ou não, tendo ou não legitimidade para participar da execução.

Concluo afirmando que, nos embargos à execução, caberá ao sócio alegar em sede de preliminar de ilegitimidade passiva a eventual incorreção da desconsideração da personalidade jurídica, até porque se não foi devida não existe responsabilidade patrimonial secundária e, por consequência, o sócio é parte ilegítima. O acolhimento dessa defesa, além de excluir o sócio da execução por ilegitimidade de parte, ainda resultará na imediata liberação da constrição judicial sobre o seu bem. Além da alegação de ilegitimidade de parte, o sócio poderá alegar todas as outras defesas típicas do

devedor, firme no princípio da eventualidade.

Registre-se que essa alegação de ilegitimidade vinculada à inadequação da desconsideração da personalidade jurídica é a única forma de se preservar o princípio do contraditório, ainda que diferido. Como nessa forma de contraditório a informação e a reação são posteriores à decisão judicial, não será legítimo exigir da parte a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que determina a desconsideração, sob pena de preclusão. Naturalmente o sócio poderá se valer de tal recurso, conforme já exposto no item anterior, mas se preferir poderá aguardar os embargos à execução para se defender. Condicionar a defesa do sócio ao agravo de instrumento seria suprimir um grau de jurisdição no exercício de seu contraditório.

12.7. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE OFÍCIO

Interessante questão atinente à desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito consumerista diz respeito à possibilidade de sua determinação de ofício. É natural que o exequente, sendo o maior interessado em aplicar as chances de satisfazer seu direito, o que obterá com a ampliação de sujeitos que respondam com seu patrimônio por tal satisfação, invariavelmente faz pedido nesse sentido. Mas a pergunta permanece interessante, ainda que relegada à excepcionalidade: não havendo pedido do interessado, pode o juiz atuar de ofício?

Existem decisões de Tribunais Estaduais no sentido de ser viável tal ato de ofício pelo juiz:

> "Civil. Processual civil. Embargos de terceiro. Execução. Parte executada (sociedade de fato 'PRO4 Produções') constituída irregularmente e representada pelos recorrentes. Utilização de CNPJ de outra empresa ('Multi Util Comércio e Representações LTDA. ME', representada também pelos recorrentes). Confusão patrimonial que gera obstáculos ao ressarcimento do consumidor. Desconsideração da personalidade jurídica devidamente aplicada pelo juízo de origem. Incidência da 'teoria menor', que possibilita a decretação, de ofício, da desconsideração da personalidade jurídica. Artigo 28, § 5.º, do CDC. Ausência de julgamento *extra petita*. Legitimidade passiva de ambos os recorrentes confirmada. Bloqueio de numerário devido. Citação válida (F. 11). Recurso improvido. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com Súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 46 da Lei n.º 9.099/1995. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, mais custas processuais, a cargo dos recorrentes" (TJDF – Recurso 2006.01.1.078794-9 – Acórdão 480.320 – Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF – Rel. Juiz José Guilherme de Souza – *DJDFTE* 18.02.2011 – p. 214).

> "Agravo de instrumento. Execução de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Impossibilidade. Depreende-se do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que o juiz poderá, a requerimento ou de ofício, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade sempre que houver prejuízo ao consumidor, abuso de direito, excesso de poder, infração da Lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Mencionada faculdade também é conferida nos casos de falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, os quais tenham sido causados pela má administração. Consagrou-se a teor do art. 20 do Código Civil, que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus sócios, devendo, pois, ser desconsiderada a teoria da personalidade jurídica somente em casos extremos, ou seja, quando exaustivamente demonstrado dolo ou fraude praticados pela pessoa física, que usa como escudo a personalidade jurídica da empresa. Sem que se prove ter agido as representantes legais ao arrepio dos estatutos sociais, em abuso de direito, não é possível atribuir a responsabilidade com a desconsideração da personalidade jurídica da empresa" (TJMG – Agravo de Instrumento 2.0000.00.353986-8/000 – Juiz de Fora – Quarta Câmara Civil – Rel. Des. Alvimar de Ávila – j. 12.12.2001 – *DJMG* 22.12.2001).

O tema do reconhecimento de ofício de matérias referentes ao Código de Defesa do Consumidor será devidamente analisado no Capítulo 13, inclusive havendo divergência entre os autores da presente obra quanto à interpretação a ser dada ao art. 1.º da Lei 8.078/1990. Pessoalmente não

consigo retirar do art. 28, § 5.º, do CDC a permissão para a desconsideração de ofício, conforme serviu de fundamento dos julgamentos mencionados. Se realmente fosse possível a desconsideração de ofício, o responsável seria o art. 1.º do CDC, jamais o art. 28, § 5.º, do CDC, responsável apenas pela adoção da teoria menor da desconsideração às relações consumeristas.

Será reafirmado no Capítulo 13 que o reconhecimento de matérias de direito material de ofício deve respeitar outros valores relevantíssimos do processo, tais como o princípio da inércia da jurisdição e da correlação entre pedido e sentença. No tocante à desconsideração da personalidade jurídica, entretanto, entendo ser possível a atuação de ofício pelo juiz, porque vejo nessa forma de estender a responsabilidade patrimonial aos sócios uma matéria de direito processual ou, quando menos, uma matéria processual.

Conforme já tive a oportunidade de afirmar, com amparo em tranquila doutrina, a responsabilidade patrimonial é matéria exclusivamente processual, porque trata de responsabilidade que só será exigida na execução ou falência. Dessa forma, a responsabilidade patrimonial secundária é regulada por norma de direito processual, mais precisamente o art. 592 do CPC. Tem-se, portanto, uma matéria de direto processual. Partindo dessa premissa, é importante se determinar se a matéria processual é reconhecível de ofício ou somente pode ser reconhecida mediante a alegação da parte interessada.

Nessa análise, apesar de compreender que realmente exista a necessidade de pedido da parte na maioria das vezes, no caso particular do direito consumerista entendo ser possível a atuação de ofício do juiz, justamente em razão do previsto no art. 1.º do CDC. Nesse caso, não vejo como ofensa ao princípio da inércia da jurisdição e tampouco da correlação, considerando que na execução o juiz é provocado a satisfazer o direito do exequente, sendo justamente isso que tentará fazer ao desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade empresarial.

Poder-se-ia alegar que, nesse caso, o juiz estaria redirecionando a execução contra novo exequente, já que o pedido do exequente não foi dirigido contra o sócio da sociedade empresarial. De fato, tal redirecionamento ocorrerá, mas apenas porque o juiz concluirá que o sócio é parte legítima no processo de execução, já que será tão responsável quanto o executado. Esse litisconsórcio, entretanto, além de ulterior, será facultativo, não sendo lícito o juiz formar um litisconsórcio *iussu iudicis* nos termos do art. 91 do CPC de 1939. Mas no direito consumerista essa matéria poderá ser conhecida de ofício, justamente em razão da previsão do art. 1.º da Lei 8.078/1990.

O art. 133 do PLNCPC exige, para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o pedido da parte ou do Ministério Público, quando funcionar como fiscal da ordem jurídica.

_____

1 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2008. p. 606; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 190; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.284. Contra, entendendo ser instituto de direito material: GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. n. 6.3, p. 7-8.

2 THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 103, p. 160; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. n. 6.3, p. 6.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. IV, n. 1.523, p. 325.

4 Chaves de Farias-Rosenvald, *Direito*, n. 10.10.7, p. 453.

5 THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 104, p. 161; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*: parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 193-195; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2008. p. 606.

6 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n. 36.3.1, p. 206; THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 106, p. 164.

7 "Trata-se de REsp em que o recorrente, entre outras alegações, pretende a declaração da decadência do direito de requerer a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária falida, bem como da necessidade de ação própria para a responsabilização dos seus ex-sócios. A Turma conheceu parcialmente do recurso, mas lhe negou provimento, consignando, entre outros fundamentos, que, no caso, a desconsideração da personalidade jurídica é apenas mais uma hipótese em que não há prazo – decadencial, se existisse – para o exercício desse direito potestativo. À míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer momento. Ressaltou-se que o próprio projeto do novo CPC, que, de forma inédita, disciplina um incidente para a medida, parece ter mantido a mesma lógica e não prevê prazo para o exercício do pedido. Ao contrário, enuncia que a medida é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 77, parágrafo único, II, do PL n. 166/2010). Ademais, inexiste a alegada exigência de ação própria para a desconsideração da personalidade jurídica, visto que a superação da pessoa jurídica afirma-se como incidente processual, e não como processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos da falência. Registrou-se ainda que, na espécie, a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica atinge os bens daqueles ex-sócios indicados, não podendo, por óbvio, prejudicar terceiros de boa-fé. Precedentes citados: REsp 881.330-SP, *DJe* 10.11.2008; REsp 418.385-SP, *DJ* 03.09.2007, e REsp 1.036.398-RS, *DJe* 03.02.2009" (STJ, REsp 1.180.191-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.04.2011).

8 Cfr. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude e ônus da prova. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II, p. 1.194.

9 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodvm, 2009. v. 5, p. 286-287.

10 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodvm, 2009. v. 5, p. 287.

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude e ônus da prova. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II, p. 1.197.

12 BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 94.

13 GRECO, Leonardo. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 540.

14 GRECO, Leonardo. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 539 e 541.

15 GRECO, Leonardo. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 541.

16 Cfr. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 107, p. 164. No mesmo sentido ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução:* parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 199; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodvm, 2009. v. 5, p. 288.

17 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 53; SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 56; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, n. 24, p. 31.

18 FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996. n. 36, p. 305-311.

19 GRECO, Leonardo. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 543.

20 REsp 881.330/SP, *Recurso Especial* 2006/0193612-2, Rel. Min. João Otávio de Noronha (1123), Quarta Turma, j. 19.08.2008, *DJe* 10.11.2008.

21 JORGE, Flávio Cheim. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 229; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. n. 3.6.1, p. 548; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 43. *Informativo* 389/STJ, 3.ª T., REsp 1.033.900-MG, rel. Massami Uyeda, 02.04.2009.

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. n. 110, p. 166; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, n. 551, p. 678.

23 Araken de Assis, *Manual*, n. 51.3.2, p. 514; Theodoro Jr., *Curso*, n. 551, p. 680; Lima Freire, *Reforma*, p. 45; Nery-Nery, *Código*, p. 875; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 535; STJ, 4.ª Turma, REsp 748.336/RN, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 11.09.2007, *DJ* 24.09.2007.

24 Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 255; Didier-Cunha, *Curso*, p. 147-148.

25 REsp 920.602/DF, *Recurso Especial* 2007/0015445-6, Rel. Min. Nancy Andrighi (1118), Terceira Turma, j. 27.05.2008, *DJe* 23.06.2008.

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. n. 111, p. 167; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. n. 66, p. 198-199; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, n. 551, p. 680; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2008. p. 535.

27 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 68; SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 79-81.

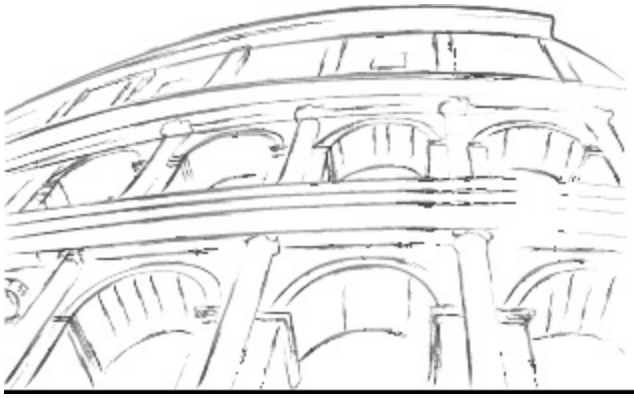
28 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n. 107, p. 398-399; CARMONA, Carlos Alberto. *Código de Processo Civil interpretado*. In: MARCATO, Antonio Carlos. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1.751. FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.288, e NOLASCO, Rita Dias. *Responsabilidade patrimonial*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sérgio Seiji (Coords.). *Execução no processo civil: novidades & tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 214-215, têm entendimento híbrido, em razão da possibilidade de ingresso de embargos à execução e embargos de terceiro.

29 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n. 107, p. 398.

30 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n. 107, p. 398; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. n. 4.3.3.2.1, p. 334. Contra, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. IV, n. 1.402, p. 141, afirma tratar-se de litisconsórcio necessário.

31 THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 43, p. 88.

32 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1, p. 190; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 143.



13

ORDEM PÚBLICA E TUTELA PROCESSUAL DO CONSUMIDOR

Sumário: 13.1. Matérias de defesa – 13.2. Preclusão temporal – 13.3. Preclusão consumativa – 13.4. Objeções e natureza de ordem pública das normas consumeristas.

13.1. MATÉRIAS DE DEFESA

Ainda que o termo exceção seja invariavelmente utilizado como sinônimo de defesa, existe uma clássica classificação das matérias defensivas que as divide em exceções e objeções. Enquanto a primeira só pode ser conhecida pelo juiz em sua decisão se for alegada pela parte interessada, a segunda pode ser conhecida de ofício pelo juiz, independentemente, portanto, de alegação da parte. Segundo a melhor doutrina, trata-se de classificação surgida na Idade Média:

> "A partir da Idade Média, começou a ser feita uma distinção entre exceções e objeções. As primeiras eram matérias que somente o réu podia alegar; eram defesas indiretas cuja arguição cabia exclusivamente ao réu, sendo vedado, portanto, o seu reconhecimento de ofício pelo juiz. As segundas eram matérias de defesa que podiam ser conhecidas pelo magistrado *ex officio*"[1].

A exceção pode ser processual, como ocorre com a incompetência relativa e com a convenção de arbitragem, matérias que só poderão ser conhecidas se alegadas tempestivamente pela parte interessada, salvo a excepcional hipótese prevista pelo art. 112, parágrafo único do CPC, que admite o reconhecimento da incompetência territorial de ofício pelo juiz. Pode, também, ser substancial, como ocorre, por exemplo, com o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido[2].

Também a objeção pode ser processual ou substancial. No primeiro caso tem-se, por exemplo, todas as defesas preliminares previstas pelo art. 301 do CPC, salvo a convenção de arbitragem. No segundo caso tem-se, por exemplo, a prescrição, que pode ser conhecida de ofício pelo juiz nos termos do art. 219, § 5.º, do CPC, bem como a decadência legal.

A distinção entre exceção e objeção encontra importante divisor de águas nas matérias de ordem pública, sendo tradicional associar esse tipo de matéria à atuação oficiosa do juiz no caso concreto[3]. O problema, entretanto, é que existem matérias de ordem pública de natureza processual e

substancial, sendo divergente a doutrina a respeito de tratá-las de forma homogênea ou heterogênea.

O art. 1.º do CDC prevê que todas as normas contidas na Lei 8.078/1990 são de ordem pública e interesse social, sendo especialmente interessantes os questionamentos a respeito da possibilidade de se tratar a nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais previstas no art. 51 do CDC, como objeções substanciais no processo. Antes, entretanto, de enfrentar o problema, é importante uma descrição das consequências processuais de se ter tal matéria como exceção ou objeção substancial.

13.2. PRECLUSÃO TEMPORAL

Além do poder do juiz conhecer ou não de ofício a matéria, a distinção traz outra interessante consequência processual, qual seja a existência ou não de preclusão a respeito da matéria defensiva. Nas exceções, entende-se que existe preclusão, de forma que cabe à parte interessada alegar a matéria no momento procedimental adequado, sob pena de a matéria não poder ser posteriormente alegada. Nas objeções, como a matéria pode ser conhecida de ofício, existe a possibilidade de alegação a qualquer tempo do procedimento, com ressalva dos recursos excepcionais, tema tratado a seguir. Significa dizer que as exceções sofrem preclusão temporal, inaplicável às objeções.

Diz-se preclusão temporal quando um ato não puder ser praticado em virtude de ter decorrido o prazo previsto para sua prática sem a manifestação da parte. Ao deixar a parte interessada de realizar o ato dentro do prazo previsto, ele não mais poderá ser realizado, já que extemporâneo. Tendo o réu quinze dias para contestar, e as partes cinco dias para falar nos autos, por exemplo, não respeitado o lapso temporal traçado pela lei, estarão impedidos de praticar o ato.

As exceções, portanto, devem ser arguidas na primeira oportunidade em que a parte interessada em seu reconhecimento se manifestar nos autos, regra preclusiva não aplicável às objeções, nos termos do art. 245 do CPC. A afirmação de que a objeção pode ser alegada a qualquer momento do processo, entretanto, deve ser vista com reservas no tocante aos recursos excepcionais.

A doutrina parece estar de acordo que a matéria de ordem pública poderá sempre ser apreciada pelos juízes dos Tribunais de segundo grau quando fizer parte do objeto do recurso. Nenhum problema haveria, já que, devolvida a matéria por meio do recurso, o Tribunal não teria tão somente liberdade para apreciá-la, mas sim obrigação, sob pena de proferir uma decisão *citra petita*. No tocante aos recursos excepcionais, entretanto, há o problema de alegação originária à luz da exigência do prequestionamento.

Para os recursos dirigidos aos tribunais de segundo grau, e mesmo no caso do recurso ordinário constitucional para os tribunais superiores[4], a ausência de exigência de prequestionamento das matérias alegadas em sede recursal permite à parte alegar em tais recursos uma objeção, seja ela de natureza processual ou material. Na realidade, mesmo que a parte não alegue sem seu recurso tal matéria, o tribunal poderá conhecê-la de ofício.

Não se tratará mais do efeito devolutivo, que exige a iniciativa da parte para que a matéria possa ser reexaminada pelo órgão jurisdicional competente para o julgamento do recurso, mas sim do efeito translativo, reflexo do princípio inquisitivo[5]. A aplicação de tal efeito aos recursos ordinários mostra-se incontestável, sendo praticamente unânime a doutrina nesse sentido, embora nem sempre com os mesmos fundamentos, já que, para parcela da doutrina, a possibilidade de o tribunal conhecer

matérias de ofício deriva da profundidade da devolução, e não do efeito translativo, efeito considerado inexistente por essa parcela doutrinária[6].

Independentemente do efeito que permita ao tribunal o conhecimento da objeção de ofício, o que importa para o presente estudo é que, sendo admissível o reconhecimento *ex officio*, naturalmente não se poderá falar em preclusão temporal, admitindo-se à parte a alegação da objeção nas razões recursais ou mesmo antes de seu julgamento, por meio de mera petição.

O grande problema quanto à aplicação do efeito translativo diz respeito aos recursos extraordinário e especial. Há divergência doutrinária e jurisprudencial. Essa divergência naturalmente refletirá na possibilidade de a parte alegar a objeção originariamente nesses recursos extraordinários, já que, sendo admissível o conhecimento de ofício pelo tribunal, não haverá preclusão temporal e a parte poderá alegar a matéria como é admitido nos recursos ordinários.

A corrente que entende ser incabível ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal conhecer de ofício matéria de ordem pública encontra fundamento para tal posicionamento na ausência de prequestionamento de tal matéria, o que impediria sua análise pelos órgãos de superposição. Não tendo sido essa questão enfrentada e tampouco decidida pelo Tribunal, não poderia ser objeto de apreciação pelos órgãos de superposição.

Nas palavras de Nelson Nery Jr., "não há o efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos Tribunais inferiores (arts. 102, n. III, e 105, n. III, CF). Caso o tribunal não tenha se manifestado sobre a questão de ordem pública, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem na hipótese os verbetes n.os 282 e 356 da Súmula do STF, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional. Além disso, a lei autoriza o exame de ofício das questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3.º, CPC). Ocorre que a instância dos recursos extraordinário e especial não é ordinária, não se lhe aplicando o texto legal referido"[7].

Da mesma forma, de nada adiantaria à parte alegar a objeção originariamente nesses recursos porque, nesse caso, também faltará o prequestionamento da matéria. Esse é o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à análise de matéria de ordem pública originariamente alegada pelo recorrente em sede de recurso extraordinário:

> "Repercussão geral. Vícios processuais e formais que impedem a regular formação e tramitação do recurso. Prejuízo do exame das questões de fundo. Invocação do dever de conhecimento por ofício de matéria de ordem pública e social. Não cabimento no exame do recurso extraordinário. Pretensão de anular a cobrança de conta de fornecimento de energia elétrica. Incontáveis argumentos. Argumento parcial relativo ao ICMS. Imunidade tributária. Razões de agravo que não atacam fundamento suficiente da decisão agravada. Inépcia. 1. A existência de vícios processuais e formais que tornam inviável o conhecimento e o julgamento de recurso prejudica o exame da matéria de fundo, de modo que é desnecessário aguardar o julgamento de matéria similar à qual foi reconhecida a repercussão geral (art. 323/RISTF). 2. A invocação de normas de ordem pública ou social não supera deficiência recursal, como a falta de prequestionamento ou a omissão do argumento nas razões recursais (art. 317, § 1.º do RISTF). 3. As razões de agravo regimental não atacam um dos fundamentos suficientes em si para manter a decisão agravada, no sentido de que a relação mantida entre a cooperativa de eletrificação e o município resolvia-se no plano cível ou no plano administrativo, e não em termos tributários. Insistência na tese tributária da imunidade. Inépcia. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (STF – AI-AgR 601.767/SC – Segunda Turma – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 15.02.2011 – *DJE* 23.03.2011)[8].

Existe uma segunda corrente doutrinária, que parece ser a mais adequada, que aponta o prequestionamento apenas como um requisito especial de admissibilidade do recurso, que tem como característica seu conhecimento, e não o julgamento de seu mérito. Dessa forma, uma vez preenchido o requisito de admissibilidade, ou seja, prequestionada a matéria objeto dos recursos, o mesmo será conhecido pelos órgãos de superposição, e após esse momento, aplica-se de forma irrestrita o efeito translativo do recurso.

Tal entendimento acaba por exigir tanto o prequestionamento quanto a aplicação do efeito translativo. As matérias de ordem pública, portanto, somente poderão ser conhecidas, ainda que *ex officio*, se o recurso for conhecido, ou seja, se o recurso especial ou extraordinário tiver como objeto justamente a pretensa ofensa a uma matéria de ordem pública que não tenha sido discutida e decidida pelo Tribunal, o recurso não deverá ser conhecido, e assim tal matéria jamais chegará a ser analisada[9].

Adotada essa teoria, a parte poderá alegar uma objeção originariamente em sede de recurso excepcional, desde que também alegue outra matéria federal que tenha sido prequestionada, ou seja, que tenha sido objeto de decisão no pronunciamento judicial impugnado. É nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "Administrativo. Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Servidor público. Violação aos arts. 2.º e 47 do CPC. Prequestionamento. Ausência. Conhecimento de ofício. Impossibilidade. Agravo não provido. 1.'O Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 257 de seu Regimento Interno e na Súmula 456/STF, tem-se posicionado no sentido de que, superado o juízo de admissibilidade e conhecido por outros fundamentos, o recurso especial produz o efeito translativo, de modo a permitir o exame de ofício das matérias de ordem pública' (AgRg nos EDcl na DESIS no REsp 1.123.252/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – *DJE* 15.10.2010). 2. 'É entendimento pacífico nesta Corte Superior que quando a matéria controvertida não foi apreciada pela instância originária, ainda que tenha surgido no próprio acórdão recorrido, obsta-se o conhecimento do apelo extremo' (REsp 842.056/PR – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – *DJE* 19.06.2008). 3. Sendo inadmissível o recurso especial, torna-se inviável o exame, de ofício, da tese de afronta aos arts. 2.º e 47 do CPC. 4. Agravo regimental não provido" (STJ – AgRg no REsp 1.209.528/MG – Primeira Turma – j. 03.02.2011 – *DJE* 18.02.2011).

Ressalte-se que a mera alegação originária de matéria de ordem pública em sede de recurso especial, desacompanhada de outra matéria federal que tenha sido efetivamente decidida no acórdão recorrido, não admite seu reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça[10].

A terceira corrente, defendida por número consideravelmente pequeno de doutrinadores, é aquela que sustenta o reconhecimento da matéria de ordem pública em qualquer circunstância, ainda que não exista prequestionamento, ao menos não explícito. Recebendo o recurso especial ou extraordinário, ainda que não presente o requisito de admissibilidade do recurso, poderia o juiz conhecê-lo apenas para acolher *ex officio* uma matéria de ordem pública[11].

Ao defender tal tese, Nelson Luiz Pinto afirma que "as condições da ação e os pressupostos processuais devem, necessária e obrigatoriamente, ser objeto de exame *ex officio* por qualquer juiz ou Tribunal, antes de se adentrar no julgamento do mérito, independentemente de ter havido ou não requerimento das partes. Assim, pode-se dizer que essas matérias de ordem pública estariam, por força de lei, implicitamente prequestionadas em toda e qualquer decisão de mérito"[12].

Adotado esse entendimento, não admitido em nenhum dos tribunais superiores, seria possível a parte alegar somente uma objeção de forma originária em sede de recurso especial ou extraordinário, e ainda assim, pela mera possibilidade de conhecimento dessa espécie de matéria de ofício, o

tribunal a reconheceria.

13.3. PRECLUSÃO CONSUMATIVA

Além de as objeções poderem ser conhecidas de ofício, e em razão disso não suportarem a preclusão temporal, a decisão judicial que decide a respeito de uma objeção não suporta preclusão consumativa, sendo admissível ao próprio juízo que altere sua decisão sobre aquela matéria, mediante provocação da parte interessada ou mesmo de ofício.

A questão do reconhecimento de matérias de ordem pública de ofício é tema que sempre despertou a atenção da doutrina processualista. Fazendo a análise sob a ótica das nulidades, dividindo-as em absolutas, relativas e anulabilidades, Galeno Lacerda conclui que "a preclusão no curso do processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação"[13].

Uma vez decidida a questão em sentença, não haverá possibilidade material de o juiz reconsiderar sua decisão, reputando que, não havendo recurso, a decisão transitará em julgado e, sendo recorrida a sentença, o juízo de retratação é excepcional, sendo cabível somente nas hipóteses de indeferimento da petição inicial (art. 296 do CPC) e julgamento liminar de improcedência (art. 285-A, § 1.º, do CPC). O tema é mais interessante quando aplicado às decisões interlocutórias irrecorridas.

É da própria concepção da preclusão temporal a conclusão de que as decisões interlocutórias não recorridas impossibilitam posterior discussão. Se a parte interessada não exerceu o ônus de recorrer, deve então sofrer as consequências prejudiciais de sua omissão. Com relação a isso, nenhuma dúvida pode ser posta, sob pena de extinção do próprio instituto da preclusão.

Nesse sentido, tratando da temática apresentada, Arruda Alvim conclui que "com recurso especificamente estabelecido para as hipóteses de inconformismo com a mesma, decorre imediatamente a consequência de que, em princípio e como regra geral, o que foi objeto de apreciação no saneador sofre preclusão. Significa-se com isto que a matéria expressamente decidida no saneador não poderá – salvo recurso – ser reexaminada no processo"[14].

A doutrina majoritária é concorde com tal conclusão, já que, sempre que se debate acerca da ausência de efeito preclusivo de decisão interlocutória, as questões na esfera de disponibilidade da parte não são objeto de controvérsia, e sim aquelas matérias imperativas, de ordem pública, que se situam, portanto, acima do interesse das partes e localizam-se, na verdade, no campo do interesse da própria prestação jurisdicional[15]. Também esse parece ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que vem quase uniformemente decidindo pela não preclusão das questões de ordem pública[16].

13.4. OBJEÇÕES E NATUREZA DE ORDEM PÚBLICA DAS NORMAS

CONSUMERISTAS

Conforme já afirmado, o art. 1.º da Lei 8.078/1990 prevê que todas as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e de interesse social. A questão que deve ser respondida é se devem ser tratadas no processo como objeções substanciais, podendo, nesse caso, serem conhecidas de ofício, não suportando a preclusão.

Não são poucos os doutrinadores que defendem esse tratamento processual para as matérias consumeristas:

> "Tanto assim que toda a matéria constante da legislação do consumidor pode e deve ser examinada pelo juiz *ex officio*, independentemente de requerimento expresso da parte. Além do que, a respeito desta matéria debatida judicialmente, não ocorre preclusão, circunstância que permite a sua apreciação a qualquer tempo e grau de jurisdição. E por se tratar de matéria de ordem pública, aberta está ao juízo recursal a possibilidade até mesmo de decidir com a *reformatio in pejus*, justamente em atenção a este estágio na hierarquia normativa do qual goza o Código de Defesa do Consumidor"[17].

O tema tem enorme interesse prático no que se refere às cláusulas contratuais abusivas, porque adotada a tese ora exposta a nulidade poderia ser decretada de ofício pelo juiz, independentemente da provocação da parte nesse sentido. Para Nelson Nery Jr., "no regime jurídico do CDC, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor. Isso quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*, porque normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão"[18].

Registre-se, entretanto, a existência de corrente doutrinária que defende que, apesar da natureza de ordem pública das normas consumeristas, elas não serão tratadas como objeções substanciais no processo, cabendo à parte interessada sua alegação tempestiva sob pena de preclusão, além de não ser permitido ao juízo seu reconhecimento de ofício.

Nas palavras de Ricardo Aprigliano, "a nulidade de cláusulas em contratos de consumo configura matéria de ordem pública, o que significa que as partes não podem celebrar negócios que contenham conteúdos vedados pela lei, que a interpretação destes contratos será sempre realizada visando o sistema de proteção do consumidor, para afastar seus efeitos em todas as demandas judiciais que tenham por objeto o contrato, em que discuta justamente o caráter abusivo destas mesmas cláusulas"[19].

Esse, portanto, o sentido da natureza de ordem pública prevista pelo art. 1.º da Lei 8.078/1990 aplicável ao art. 51 do mesmo diploma legal. Não significa que o juiz possa decidir a esse respeito sem a devida provocação do interessado, porque, assim o fazendo, estaria violando uma quantidade razoável de matérias de ordem pública de natureza processual, o que não parece, à luz da doutrina exposta, sustentável:

> "Outras matérias, que não integrem o pedido do autor e, portanto, não se enquadrem nos limites objetivos da demanda, caso fossem conhecidas espontaneamente, acarretariam violação ao princípio processual da adstrição ou congruência, previsto nos art. 128 e 460 do CPC. Disso resulta que aplicar a ordem pública substancial mesmo sem requerimento da parte, ainda que a matéria não integre o objeto do processo, equivaleria à violação de princípios processuais tais como a correlação, a inércia, contraditório e devido processo legal, entre outros, os quais compõem o núcleo das normas de ordem pública processual"[20].

O principal problema, portanto, não é desconsiderar a natureza jurídica de ordem pública das

normas de direito material consumerista, mas adequar tal realidade a princípios fundamentais do processo, em especial o princípio da adstrição entre pedido e sentença. Para José Roberto dos Santos Bedaque, "não obstante questões de ordem pública, como nulidades absolutas, possam ser conhecidas de ofício pelo julgador, inadmissível considerá-las para efeito de acolhimento de uma pretensão, se não integrarem os limites objetivos da demanda. Esta não comporta ampliação por iniciativa do juiz"[21].

Nota-se da lição do notável processualista a preocupação em manter a natureza de ordem pública de matérias substancias, inclusive com seu reconhecimento de ofício, mas sem permitir que isso amplie sem a provocação da parte os limites objetivos do processo. Dá um exemplo de como compatibilizar os dois valores:

> "É possível a rejeição de pedido fundado em contrato, se o juiz vislumbrar a existência de incapacidade absoluta de um dos contratantes, ainda que tal fundamento não seja invocado pelo réu. Mas não pode declarar nulo esse mesmo contrato, por incapacidade absoluta, em demanda versando sua anulabilidade por vício de vontade".

No centro da presente polêmica encontra-se a Súmula n. 381 do STJ, publicada em 5 de maio de 2009, com a seguinte redação: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas". O coautor da presente obra Flávio Tartuce já se manifestou em momento oportuno de forma crítica quanto à opção sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive citando valorosos civilistas que já tiveram a oportunidade de se manifestar sobre o tema.

1 Cfr. GRECO, Leonardo. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 56.

2 FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 543; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1. p. 504.

3 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 145.

4 STJ – RMS 25.558/PB – Segunda Turma – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 15.03.2011 – *DJE* 22.03.2011.

5 NERY JR., *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. n. 3.5.4, p. 482; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito procesual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 81; STJ – EDcl nos EDcl no REsp 645.595/SC – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 21.08.2008.

6 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, n. 244, p. 444; ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n. 24.8, p. 226; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 242; STJ – REsp 830.392/RS – Segunda Turma – Rel. Min. Castro Meira – j. 04.09.2007.

7 Cfr. *Princípios fundamentais:* teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 420. No mesmo sentido BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, p. 594; MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 76-77; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 420 e ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 135-136.

8 STF – AI-AgR 633.188/MG – Primeira Turma – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 02.10.2007; Al-AgR 505.029/MS – Segunda Turma – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 12.04.2005.

9 CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999. p. 119; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso Especial*. São Paulo: RT, 2002. p. 339-342 e FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições de ação:* enfoque sobre o interesse de agir. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 89.

10 STJ – AgRg no REsp 943.682/PA – Sexta Turma – Rel. Min. Haroldo Rodrigues – j. 22.03.2011 – *DJE* 09.05.2011.

11 PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 145.

12 Cfr. *Recurso especial para o STJ*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 146.

13 Cfr. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990; BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 197.

14 *Curso de Direito Processual Civil, op. cit.*, p. 174. Ressalta em outro trecho da mesma obra as situações em que não ocorreria a preclusão, chegando à conclusão de que "quando a própria sentença transitada em julgado não tem a virtude de impedir a rediscussão das questões, que se pode fazer pela ação rescisória, não há que se falar em preclusão pela circunstância de o saneador ter-se referido à matéria", p. 177.

15 BARROSO, Alexandre de Alencar. *Acesso à justiça e preclusão civil*. Dissertação para obtenção do grau de mestre no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 1996. p. 147-148; ARRUDA ALVIM. *Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1985. p. 128; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo Civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. I, p. 163; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Despacho saneador irrecorrido. *Revista de Processo*, n.º 67, p. 227-231; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, p. 123; GRINOVER, Ada Pellegrini. Interesse da União. Preclusão. A preclusão e o órgão jurisdicional. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 230-241.

16 REsp 59.978/PR – Primeira Turma – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – j. 08.08.1996; REsp 174.356/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 23.05.2000; REsp 56.171 – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 06.04.2000. No REsp 117.321/ES, julgado em 04.05.1999, cujo relator foi o Min. Cesar Asfor Rocha, da Quarta Turma, não foi decidido por unanimidade, já que o relator tem entendimento diverso da maioria de seus companheiros de Turma. Utilizando-se das lições do processualista baiano Calmon de Passos, o ministro assim definiu seu voto: "No caso em tablado, a questão referente à ilegitimidade *ad causam* da ré/recorrida, foi agitada logo na contestação, e não acolhida, pelo menos implicitamente, pelo douto magistrado que presidia o processo, ao proferir o despacho saneador de fls. 60. V, não tendo sido contra essa decisão interposto recurso algum. Com efeito, operou-se preclusão em face do que essa questão já não mais poderia ser examinada na apelação, quer de ofício quer por provocação da parte." Em sentido diverso votaram os ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar.

17 PAULA, Adriano Perácio de. O consumidor equiparado e o processo civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 34, abr.-jun. 2000, p. 62.

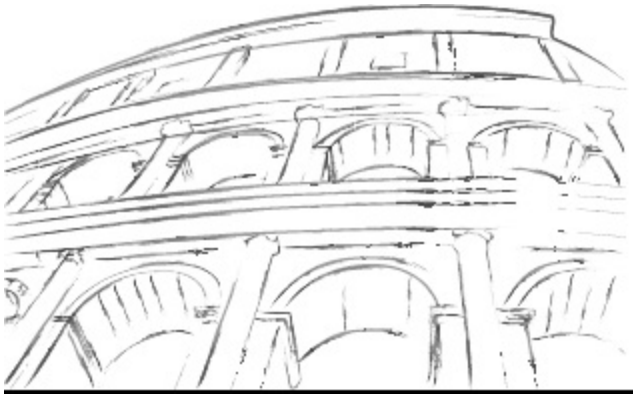
18 Cfr. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 536-537. No mesmo sentido RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do*

Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 569.

19 APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 33.

20 APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 38.

21 Cfr. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002. p. 47.



14

HABEAS DATA E DIREITO DO CONSUMIDOR

Sumário: 14.1. Introdução – 14.2. Direito à informação e *habeas data* – 14.3. Hipóteses de cabimento: 14.3.1. Introdução; 14.3.2. Direito à informação; 14.3.3. Direito à retificação de dados; 14.3.4. Anotação sobre dado verdadeiro – 14.4. Fase administrativa: 14.4.1. Interesse de agir; 14.4.2. Procedimento – 14.5. Liminar – 14.6. Legitimidade: 14.6.1. Legitimidade ativa; 14.6.2. Legitimidade passiva – 14.7. Competência – 14.8. Recursos.

14.1. INTRODUÇÃO

O direito ao *habeas data* vem expressamente consagrado no art. 5.º, LXXII, da CF/1988, sendo que o dispositivo legal trata tão somente das hipóteses de cabimento dessa ação constitucional, sendo missão da Lei 9.507/1997 o tratamento infraconstitucional de seu procedimento, ainda que, em seu art. 7.º, III, também crie uma nova hipótese de cabimento, não prevista expressamente na Constituição Federal. Eventuais discussões a respeito da autoaplicabilidade do dispositivo legal perderam sentido com o advento da Lei 9.507/1997.

Como se pode depreender do texto constitucional, o *habeas data* é ação constitucional voltada à garantia dos direitos de intimidade e de acesso à informação. O acesso a informações constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público e a eventual retificação de informações equivocadas constituem o objeto de tutela do *habeas data*; o que inclui os bancos de dados e cadastros dos consumidores.

Ainda que a ultrapassada época ditatorial vivida pelo Brasil tenha motivado fortemente a ação de *habeas data*, é importante que se dê ao cidadão uma ação específica, com respaldo constitucional, para que possa ter conhecimento de seus dados cadastrados e para exigir eventual correção, considerando-se que, atualmente, a captação e armazenamento de informações são realizados com extrema facilidade, em especial por conta dos meios tecnológicos à disposição daqueles que formam e mantêm esses bancos de dados.

Cumpre registrar que, embora possível a tutela dos direitos protegidos pelo *habeas data* por meio do mandado de segurança, a opção do legislador constituinte em criar uma ação específica para a tutela do direito à informação deve ser respeitada. Não tenho dúvida de que se tratou de uma opção, e a ausência de previsão específica não sacrificaria qualquer interesse atualmente tutelado pelo *habeas data*, todos contemplados de forma genérica pelo mandado de segurança. Ainda assim, e

isso fica claro no art. 1.º, *caput*, da Lei 12.016/2009, quando cabível o *habeas data*, não caberá mandado de segurança, o que confirma o prestígio que a ação específica consagrada no art. 5.º, LXXII, da CF/1988 tem em nosso sistema.

14.2. DIREITO À INFORMAÇÃO E *HABEAS DATA*

A análise das hipóteses de cabimento do *habeas data* é o suficiente para se compreender que o direito à informação, consagrado no art. 5.º, XXXIII, da CF/1988, é mais amplo que aquele tutelado por meio da ação constitucional ora analisada. No *habeas data*, a informação requerida será sempre voltada à pessoa do requerente, mais precisamente a dados pessoais seus que constem de arquivos ou bancos de dados. Nas palavras de festejada doutrina, dados definidores da situação da pessoa nas diversas searas de sua existência[1]. O direito à informação, consagrado no dispositivo constitucional mencionado, tem um objeto mais amplo, abrangendo outras espécies de informações que, apesar de interessarem ao requerente de um eventual pedido, não dizem respeito a seus dados pessoais[2].

Por outro lado, o art. 5.º, XXXIII, da CF/1988 prevê que o direito à informação diz respeito a dados mantidos por órgãos públicos, condicionando o exercício desse direito constitucional à espécie do órgão, e não à natureza da informação. Como será analisado um pouco adiante, no item 14.3.2 deste mesmo capítulo, para o *habeas data*, o órgão que mantém o cadastro de informações não precisa ser necessariamente público, bastando que torne públicas as informações que detenha.

Um candidato de concurso público, por exemplo, tem o direito de analisar sua prova com a respectiva correção, e, caso o órgão público se negue a prestar essa informação, não resta dúvida de que um direito será violado e de que uma tutela jurisdicional poderá ser obtida. Na realidade, até mesmo administrativamente o problema poderá ser resolvido, por meio do exercício do direito de petição, consagrado no art. 5.º, XXXIV, da CF/1988. Em termos jurisdicionais, por um mandado de segurança ou mesmo uma ação de conhecimento pelo rito comum, provavelmente com pedido de tutela de urgência.

Essa importante distinção tem ao menos uma relevante consequência prática. O direito à informação, consagrado no art. 5.º, XXXIII, da CF/1988, é excepcionado quando o sigilo for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Num juízo de proporcionalidade, o legislador constitucional entendeu mais adequado prestigiar os valores preservados pelo sigilo do que o direito à informação. Para a melhor doutrina, as razões que fundamentam o sigilo não se aplicam ao *habeas data*, considerando que as informações, nesse caso, sempre dirão respeito a dados pessoais do impetrante, não sendo possível se exigir sigilo para com o titular de informações e dados[3]. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[4].

14.3. HIPÓTESES DE CABIMENTO

14.3.1. Introdução

A Constituição Federal, em seu art. 5.º, LXXII, ao consagrar constitucionalmente o *habeas data*, limita-se a prever duas hipóteses de cabimento: a) para assegurar o conhecimento de informações

relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Essas duas hipóteses de cabimento são praticamente repetidas pelos dois primeiros incisos do art. 7.º da Lei 9.507/1997, sendo que no inciso III de referida norma encontra-se uma terceira hipótese de cabimento: para a anotação, nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

14.3.2. Direito à informação

A primeira hipótese de cabimento do *habeas data*, prevista no art. 5.º, LXXII, *a*, da CF/1988 e repetida no art. 7.º, I, da Lei 9.507/1997, regulamenta o direito do impetrante à obtenção de informações mantidas em registro ou banco de dados.

O cabimento do *habeas data*, nesse caso, está condicionado à natureza das informações que se pretende obter, sendo incabível o pedido por meio dessa ação constitucional se as informações que se tenciona conseguir são de interesse público, prestando-se à fiscalização de prática adotada por órgão publico[5].

Interessante notar que a criação e manutenção desses cadastros ou bancos de dados não precisa necessariamente ser de responsabilidade de órgão público, como inclusive sugere o próprio texto constitucional. Ao prever que os responsáveis pela criação e manutenção serão órgãos governamentais ou de caráter público, o próprio art. 5.º, LXXII, *a*, da CF/1988 sugere a interpretação de que também órgãos de direito privado possam ser demandados por meio do *habeas data*.

A impressão foi confirmada pelo parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.507/1997, ao prever que se considera de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações. Em interpretação ao dispositivo legal, a melhor doutrina bem aponta que o caráter público das informações não se confunde com a natureza pública do órgão que as mantém em cadastro[6].

O caráter público, portanto, diz respeito à possibilidade de as informações se tornarem públicas, no sentido de chegarem ao conhecimento de terceiros. É absolutamente irrelevante, portanto, saber se o órgão que mantém tais informações é de direito público ou privado; o que se exige é o caráter público da informação. Sendo a informação disponibilizada somente pelo órgão que mantém o cadastro, não caberá *habeas data*[7]. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir pelo não cabimento de *habeas data* diante de pedido de exibição de extratos de conta corrente mantida pelo impetrante junto à Caixa Econômica Federal, asseverando que, nesse caso, as informações são confidenciais, franqueadas somente aos contratantes, e não a terceiros[8].

É certamente nesse aspecto que o *habeas data* mais interessa ao consumidor, especialmente diante da popularização dos chamados registros de devedores. Conforme a melhor doutrina, "no mundo da prestação de serviços, e, logicamente, dos negócios em geral, as informações são instantâneas e volumosas, medem-se hoje em gigabytes. Nesse aspecto vivemos também a era da

informação, ou, o que é pior, na era dos bancos de dados, que assumem as mais variadas formas e finalidades, como o CADIN, SERASA, SPC, SEPROC, Vídeo Cheque e Tele Cheque".[9]

Não resta qualquer dúvida de que esses cadastros contêm informações de natureza pública, não obstante sejam de empresas privadas; daí ser cabível o *habeas data* em tal circunstância pelo consumidor. Nesse sentido, o art. 43, § 4.º da Lei 8.078/1990, ao prever que "os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público".

14.3.3. Direito à retificação de dados

Havendo pedido com fundamento na hipótese de cabimento ora analisada, é importante observar que só pode pedir a retificação de dados o sujeito que tem conhecimento de quais sejam esses dados, o que significa que não caberá cumulação de pedidos, num mesmo *habeas data*, do pedido de prestação de informações e correções de dados.

Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, só tem direito a retificar dados o sujeito que aponta determinada incorreção nos mesmos, e, para isso, por questão de evidente lógica, deverá ter conhecimento de quais sejam tais dados[10]. Esse entendimento, entretanto, é duramente criticado por considerável parcela doutrinária, que considera mais adequada, à luz do princípio da economia processual, a elaboração de pedidos em cumulação sucessiva num mesmo *habeas data*, ao invés de dois *habeas data* sucessivos[11].

14.3.4. Anotação sobre dado verdadeiro

A primeira hipótese de cabimento do *habeas data* limita-se à ciência, enquanto a segunda permite a retificação de informações incorretas, sendo ambas previstas no texto constitucional, conforme já analisado. O art. 7.º, III, da Lei 9.507/1997 inova ao criar uma terceira hipótese de cabimento, admitindo-se que o impetrante exija que, mesmo diante da veracidade da informação constante do cadastro ou do banco de dados, seja averbada uma contestação ou explicação sobre tais dados, bastando para tanto que a informação esteja sendo discutida judicialmente ou extrajudicialmente.

Exemplo perfeito dessa hipótese de cabimento diz respeito ao pedido de inclusão de explicação sobre dados constantes de cadastros de devedores (tais como Serasa, SPC etc.), quando a dívida que deu ensejo à anotação for objeto de questionamento, como, por exemplo, uma ação declaratória de inexistência da dívida. É natural que, nesse caso, a parte requeira uma tutela antecipada para retirada imediata da anotação, o que, para ela, se mostrará até mais vantajoso, mas, não havendo a concessão de tal espécie de tutela, a indicação de que o pretenso débito está sendo discutido pode ser bastante útil à parte.

Como bem lembrado pela doutrina, a hipótese de cabimento ora analisada não justifica meros caprichos do impetrante, de forma que a existência de discussão judicial ou extrajudicial a respeito da informação constante dos registros públicos não é razão, por si só, para habilitar a parte ao *habeas data*. Como em qualquer outra ação judicial, o autor deverá demonstrar a existência de

interesse de agir, o que justificará a intervenção jurisdicional. No caso específico do *habeas data* nessa hipótese de cabimento, haverá interesse de agir sempre que o autor demonstrar que a ausência da anotação pode lhe gerar um dano concreto, de ordem material ou moral[12].

Esse interesse de agir, entretanto, não guarda qualquer relação com a probabilidade e/ou seriedade com que a anotação vem sendo questionada, seja em sede judicial ou extrajudicial. Significa dizer que não caberá ao órgão jurisdicional uma análise do mérito do questionamento, nem mesmo por meio de cognição sumária, para se determinar se o autor tem ou não direito ao *habeas data*. Tal exigência implicaria na criação de um obstáculo inexistente na lei e contrário ao espírito da ação constitucional ora analisada.

14.4. FASE ADMINISTRATIVA

14.4.1. Interesse de agir

A ideia de interesse de agir, também chamado de interesse processual, está intimamente associada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional[13]. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será o suficiente para justificar o tempo, energia e dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda.

Não se deve analisar se o autor tem efetivamente o direito que alega ter e que, portanto, se sagrará vitorioso na demanda, porque esse é tema pertinente ao mérito, e não às condições da ação. O juiz deve analisar em abstrato e hipoteticamente se o autor, sagrando-se vitorioso, terá efetivamente a melhora que pretendeu obter com o pedido de concessão de tutela jurisdicional que formulou por meio do processo. Ter ou não razão em suas alegações e pretensões é irrelevante nesse tocante, não afastando a carência da ação por falta de interesse de agir.

Segundo parcela da doutrina, o interesse de agir deve ser analisado sob dois diferentes aspectos: a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional reclamada e a adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter[14]. No tocante à fase pré-processual, consagrada nos arts. 2.º, 3.º e 4.º da Lei 9.507/1997, cabe a análise tão somente da necessidade na impetração do *habeas data*.

Haverá necessidade sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário. Em regra, havendo a lesão ou ameaça de lesão a direito, consubstanciada na lide tradicional, haverá interesse de agir, porque, ainda que exista a possibilidade de obtenção do bem da vida por meios alternativos de solução de conflitos, ninguém é obrigado a resolver suas crises jurídicas por essas vias alternativas. É natural que, no *habeas data*, a pretensão resistida dependa tanto de seu exercício no âmbito extrajudicial como da resistência ao pedido formulado. Nesse sentido, inclusive, há entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça[15].

Não se pode antever nessa exigência qualquer ofensa ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, considerando-se que o direito de ação não é ilimitado, sendo condicionado seu exercício à presença das condições da ação no caso concreto. Nesses termos, os dispositivos

contidos na Lei 9.507/1997 que versam sobre a fase pré-processual do *habeas data*, fixando prazos para a resposta ao pedido de informações, retificações ou averbações, em nada contrariam a previsão do art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988, apenas regulamentando de forma objetiva o interesse de agir nessa ação constitucional.

Cumpre lembrar que, num dos aspectos do princípio da inafastabilidade da jurisdição, entende-se que o interessado em provocar o Poder Judiciário, em razão de lesão ou ameaça de lesão a direito, não é obrigado a procurar antes disso os possíveis mecanismos administrativos de solução de conflitos. Ainda que seja possível a instauração de um processo administrativo, isso não será impedimento para a procura do Poder Judiciário. E mais. O interessado também não precisa esgotar a via administrativa de solução de conflitos, podendo perfeitamente procurá-la e, a qualquer momento, buscar o Poder Judiciário. Naturalmente, como observa a melhor doutrina, a exigência de um pedido recusado não se confunde com a necessidade de se instaurar um processo administrativo, tampouco de se exaurir a via administrativa de solução dos conflitos[16].

14.4.2. Procedimento

14.4.2.1. *Fase pré-processual*

A fase pré-processual, que tem seu procedimento disciplinado pelos arts. 2.º, 3.º e 4.º da Lei 9.507/1997, deve ser analisada dependendo do objetivo do solicitante perante o órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados. Os vetos presidenciais ao parágrafo único do art. 3.º e aos arts. 5.º e 6.º, apesar de não poderem ser elogiados, não sacrificam substancialmente a compreensão e desenvolvimento dessa fase prévia ao eventual processo judicial.

No art. 2.º da Lei 9.507/1997, há previsão para o requerimento, quando o objetivo do solicitante é exclusivamente tomar conhecimento de informações pessoais mantidas em registros ou banco de dados. Segundo o dispositivo legal, a partir do momento em que o requerimento é apresentado perante o órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados, haverá um prazo de 48 horas para a resposta. O parágrafo único do dispositivo legal prevê que a comunicação da resposta ao solicitante deve ser feita em 24 horas. Numa mera conta aritmética, chega-se ao prazo de 72 horas entre o pedido e a informação de que ele foi acolhido, tardando um pouco mais o efetivo acesso aos dados, conforme previsão do art. 3.º da Lei 9.507/1997.

Seria de se presumir que, decorrido qualquer desses prazos, passaria a ser cabível o *habeas data*, mas a previsão contida no art. 8.º, parágrafo único, I, da Lei 9.507/1997 parece sugerir algo diverso. Segundo o dispositivo legal mencionado, o impetrante deve instruir sua petição inicial com prova da recusa ou do decurso de mais de dez dias sem decisão. Ora, se órgão tem o prazo de 48 horas para responder e 24 para informar sua resposta, a necessidade do decurso de dez dias sem resposta alonga injustificavelmente o prazo necessário para que o impetrante passe a ter interesse de agir no *habeas data*[17].

Diante do indesejável conflito entre os dispositivos legais mencionados, a tendência é pela aplicação, ao menos no tocante ao interesse de agir para a impetração de *habeas data*, dos prazos de dez e quinze dias previstos no art. 8.º da Lei 9.507/1997. Há doutrina que, apesar de reconhecer a

estranheza da solução, defende que, no tempo entre o vencimento do prazo de 72 horas e dez ou quinze dias, seja cabível o mandado de segurança[18].

Interessante notar que o legislador permite o ingresso de *habeas data* diante da demora em responder o requerimento extrajudicial, não sendo necessário esperar, por vezes indefinidamente, pela recusa. Nesse caso, entretanto, surge a possibilidade de a informação ser prestada a destempo, quando já em trâmite o *habeas data*, hipótese em que a ação perde supervenientemente seu objeto, sendo caso de extinção terminativa por carência superveniente (falta de interesse).

De qualquer forma, os prazos do art. 2.º da lei ora comentada não são inutilizados pelos prazos mais dilatados do art. 8.º da mesma lei. Servem, ao menos, para alguma espécie de responsabilização do agente público que deixa de cumprir sua função, com a adoção das penalidades administrativas cabíveis. Na hipótese do órgão privado, entretanto, a norma realmente perde seu sentido, não havendo muito a se fazer diante do vencimento do prazo de 72 horas do art. 2.º, cabendo ao interessado esperar os dez ou quinze dias, conforme o caso, e ingressar com *habeas data*[19].

Sendo o pedido indeferido, não restará outra saída ao solicitante que não a via judicial, sendo cabível, nesse caso, o *habeas data*. Sendo acolhido o pedido, nos termos do art. 3.º da Lei 9.507/1997, o depositário do registro ou banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações. Como não há na lei previsão de prazo para que essa exibição ocorra após o deferimento do pedido, entendo que a designação de data em tempo longínquo, sem qualquer justificativa, enseja o ingresso de *habeas data*, com uma interessante particularidade, a possibilidade de concessão de tutela antecipada nos termos do art. 273, § 6.º, do CPC.

O art. 4.º da Lei 9.507/1997 dá a entender que o pedido de correção de dados será necessariamente uma fase posterior à sua exibição por via extrajudicial. Ocorre, entretanto, que é possível que o solicitante já tenha tido acesso às informações por outros meios que não o previsto nos arts. 2.º e 3.º da Lei 9.507/1997, sendo também nessa hipótese aplicável o procedimento previsto pelo artigo ora comentado[20]. É possível que um cliente de banco, por exemplo, fique sabendo de um incorreto apontamento junto aos serviços de proteção ao crédito sem necessariamente precisar pedir a esse órgão a informação sobre seus dados pessoais mantidos em registro ou cadastro.

Basta ao pedido, nos termos do art. 4.º, *caput*, da Lei 9.507/1997, que o requerimento – a lei fala em "petição" – esteja devidamente instruído com documentos comprobatórios, cabendo investigar que documentos seriam esses indicados pela norma legal. Entendo que os documentos que devem instruir o requerimento têm dupla função: (a) demonstrar a existência das informações reputadas incorretas e mantidas no registro ou cadastro do órgão ou entidade chamada administrativamente a corrigir tais dados, o que constituiria o interesse e adequação do pedido; (b) demonstrar documentalmente a incorreção dos dados, o que constituiria propriamente o mérito da pretensão administrativa.

Conforme previsto no art. 4.º, § 1.º, da Lei 9.507/1997, feita a retificação em, no máximo, dez dias após a entrada do requerimento, a entidade ou órgão depositário do registro ou da informação dará ciência ao interessado. Segundo o art. 8.º, parágrafo único, II, da mesma lei, é peça essencial de instrução da petição inicial a prova da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão. Na conjugação dos dois dispositivos legais, a conclusão é que o interesse de agir só passa a existir após o décimo quinto dia do pedido, quando até então não houver resposta. Novamente deve-se considerar a possibilidade de perda superveniente do objeto do *habeas data*, na

hipótese de retificação extemporânea.

Por fim, na terceira hipótese de cabimento do *habeas data*, o art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.507/1997 não prevê qualquer prazo para a resposta e/ou atendimento do pedido feito extrajudicialmente. No silêncio do dispositivo legal, resta ainda mais tranquila a aplicação do prazo previsto no art. 8.º, parágrafo único, II, da Lei 9.507/1997, sendo condicionado o interesse de agir à recusa ou omissão por tempo superior a quinze dias do pedido.

14.4.2.2. *Fase processual*

14.4.2.2.1. Introdução

Conforme ensina a melhor doutrina, há considerável semelhança entre o procedimento do *habeas data* e do mandado de segurança[21], inclusive com algumas regras legais que simplesmente copiam a lei de mandado de segurança. Termos como autoridade coatora, notificação e impetração podem ser encontrados no procedimento do *habeas data*, com inegável influência da lei de mandado de segurança. Antes de ser uma mera coincidência, a constatação tem relevância prática na aplicação subsidiária da Lei 12.016/2009 ao procedimento de *habeas data*, bem como na utilização de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de temas polêmicos do mandado de segurança que sejam aplicáveis ao *habeas data*.

14.4.2.2.2. Petição inicial

Sendo indiscutível a natureza de ação do *habeas data*, aplica-se o princípio da inércia da jurisdição, de forma que o Poder Judiciário se movimentará quando provocado pelo interessado. Essa provocação se dá por meio da petição inicial, ato processual solene que dá início ao procedimento.

Nos termos do art. 8.º, *caput*, da Lei 9.507/1997, a petição inicial do *habeas data* seguirá as regras formais dos arts. 282 a 285 do CPC, de forma a serem consagrados nessa espécie de ação constitucional não só os requisitos formais que devem ser respeitados na elaboração da petição inicial (art. 282 do CPC), mas também a necessidade de instrução da peça com documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 283 do CPC) e a possibilidade de emenda no prazo de dez dias, na hipótese de vício sanável (art. 284 do CPC).

Dos requisitos formais da petição inicial previstos pelo art. 282 do CPC, o pedido de citação do réu deve ser compreendido como pedido de notificação da autoridade coatora, formalismo inútil, como sempre. O pedido de produção de provas não se justifica em razão da natureza sumário-documental do procedimento consagrado pela Lei 9.507/1997. O valor da causa, conforme correto ensinamento doutrinário, deve ser meramente estimativo, ainda que sua relevância seja praticamente inexistente em razão da gratuidade da ação e da isenção de condenação ao pagamento de honorários advocatícios[22].

No tocante à forma de apresentação da petição inicial, prevê o dispositivo legal ora analisado que ela deve ser apresentada no prazo em duas vias, regra que não foge à normalidade com relação às petições iniciais em geral, considerando a necessidade da existência de contrafé para ser entregue

ao demandado. E, exatamente como ocorre nas ações em geral, quando o número de vias suplementares respeitar o número de demandados, no *habeas data* se exigirá do autor tantas vias quanto forem as autoridades apontadas como coatoras[23].

O mesmo dispositivo ainda prevê que a instrução exigida por lei deverá ser realizada com a juntada de documentos originários para a primeira via e cópia para a segunda. Ainda que a norma silencie, tais cópias dispensam autenticação.

O aspecto mais interessante e peculiar da petição inicial do *habeas data* encontra-se consagrado no parágrafo único do art. 8.º da Lei 9.507/1997. Os três incisos preveem documentos indispensáveis à propositura da ação, exigindo o autor a instrução da petição inicial com prova (leia-se documento) que demonstra o interesse de agir na postulação. Em outros termos, o autor deve comprovar que passou de forma infrutífera pela fase pré-processual, sendo, portanto, necessária a propositura da ação.

14.4.2.2.3. Posturas do juiz diante da petição inicial

Segundo o art. 10, *caput*, da Lei 9.507/1997, a petição inicial será desde logo indeferida em duas hipóteses: quando não for o caso do *habeas data* e quando lhe faltar os requisitos previstos em lei. A preocupação do legislador em prever uma decisão liminar que já extingue o processo é elogiável, sendo sempre preferível colocar-se um fim o mais rápido possível à ação que não reúna mínimas condições de prosseguimento. Duas observações, entretanto, se impõem na análise do dispositivo.

Em primeiro lugar, as formas de extinção previstas pelo dispositivo legal ora comentado não sofrem os efeitos da preclusão, de forma que, embora não desejável, também caberá a extinção do *habeas data* por inadequação do meio ou vício formal após a notificação e/ou apresentação de informações pela autoridade coatora. Em segundo lugar, como consagrado pelo art. 8.º, *caput*, da Lei 9.507/1997, é admissível a emenda da petição inicial do *habeas data*, de forma que nem toda irregularidade formal levará à sua extinção liminar, somente aquelas que sejam insanáveis. Não parece ser esse o caso, por exemplo, da instrução deficitária da peça inicial, vício plenamente sanável pela emenda da petição inicial.

Registre-se, ainda, a inútil previsão contida no art. 10, parágrafo único, da Lei 9.507/1997, que, além de se valer indevidamente do termo "despacho" ao se referir à sentença, determina que tal decisão será impugnável pelo recurso previsto pelo art. 15 da mesma lei, que, por sua vez, prevê o recurso de apelação. Como se pode notar, bastaria que o legislador tivesse silenciado a respeito para se aplicar o art. 513 do CPC, sem maiores complicações.

Estando em ordem a petição inicial, o art. 9.º da Lei 9.507/1997 determina que o juiz ordene a notificação da autoridade coatora, que receberá a segunda via da petição inicial e as cópias dos documentos que a instruíram. Ainda segundo o dispositivo legal, o coator terá um prazo de dez dias para apresentar as informações que julgar necessárias. É inegável a influência exercida pelo art. 7.º, I, da Lei 1.533/1951, em regra atualmente consagrada no mesmo dispositivo pela Lei 12.016/2009. Não causa surpresa, portanto, que as mesmas polêmicas existentes no mandado de segurança sejam transportadas para o *habeas data*, como a identificação de quem deva ser o réu na demanda. A notificação, como forma de comunicação de ato processual, é bastante polêmica, estando atualmente reservada à forma de comunicação à autoridade coatora da existência da petição inicial do *habeas*

data e mandado de segurança. Há parcela doutrinária que defende sua natureza de citação, considerando-se que, nesse caso, o réu terá sido integrado à relação jurídica processual[24]. Outra parcela, entretanto, prefere o entendimento de que a notificação é uma espécie *sui generis* de comunicação do ato processual, de forma a ser considerada uma terceira e excepcional forma de comunicação, ao lado da citação e intimação[25]. Qualquer que seja a natureza da notificação, ela deve se dar por correio ou oficial de justiça, na forma da lei processual[26].

Segundo o art. 11 da Lei 9.507/1997, uma vez realizada a notificação, caberá ao serventuário que cuida do processo juntar aos autos cópias autenticadas do ofício endereçado ao coator, bem como a prova de sua entrega a este ou da recusa em recebê-lo ou de dar recibo. Entendo que a certificação da recusa em receber a segunda via da petição inicial e a recusa em dar recibo só têm alguma eficácia jurídica quando realizadas por oficial de justiça, detentor de fé pública, o que faltará ao carteiro. Dessa forma, sendo a notificação realizada pelo correio, e havendo tais recusas por parte da autoridade coatora, a notificação deverá ser realizada por oficial de justiça. Nesta hipótese, a certidão narrando o ocorrido será o suficiente para se dar a autoridade coatora como devidamente notificada.

O dispositivo tem ao menos um aspecto intrigante, em especial quando comparado com o art. 8.º, *caput*, da mesma lei. Enquanto o art. 11 prevê que será juntada aos autos do processo cópia autêntica de ofício, o art. 8.º, *caput*, ao fazer expressa remissão ao art. 285 do CPC, indica a necessidade de expedição de mandado, inclusive com a informação de que a ausência de contestação levará à presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Pergunta-se: o coator é notificado mediante ofício ou mandado? A doutrina se divide sobre o tema, havendo os que defendem a expedição de um mandado de notificação, nos moldes do mandado de citação[27], e outros que entendem ser o procedimento menos formal que uma citação, bastando, portanto, a expedição de um ofício[28].

14.4.2.2.4. Prestação de informações

Uma vez notificada, a autoridade coatora terá, nos termos do art. 9.º da Lei 9.507/1997, um prazo de dez dias para a apresentação das informações em juízo. Trata-se de prazo próprio, de forma que, decorridos os dez dias e não apresentadas as informações, não mais se admitirá a manifestação da autoridade coatora, de forma a restar preclusa a oportunidade de reação.

O conteúdo das informações é de verdadeira contestação, inclusive com a possibilidade de arguição de matéria processual de defesa, bem como matéria de mérito, tais como a ausência de caráter público do banco de dados, ausência de documento essencial à propositura da ação ou de recusa do órgão público, sigilo das informações que se pretende obter, dentre outras[29].

Nos termos do art. 12 da Lei 9.507/1997, findo o prazo de dez dias para a prestação das informações, será ouvido o representante do Ministério Público, o que deixa claro que, independentemente da efetiva apresentação de informações, o procedimento prosseguirá. A prestação de informação, portanto, é um ônus da autoridade coatora, havendo doutrina, inclusive, que defende a geração da revelia e de seu principal efeito – presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor – diante da ausência da prestação de informações[30].

Apesar de ser interessante o entendimento, não consigo ver grande repercussão prática, considerando que o direito à exibição ou retificação perseguido pelo *habeas data* é essencialmente

matéria de direito, havendo somente ônus da prova ao autor no tocante à admissibilidade de tal ação constitucional, o que se fará por meio dos documentos que demonstrarão a realização da fase pré-processual e que, por exigência legal, devem instruir a petição inicial. De qualquer forma, e esse é o aspecto principal, o seguimento do procedimento não depende da efetiva apresentação das informações em juízo.

14.4.2.2.5. Intimação da pessoa jurídica de direito público?

Como já afirmado, há uma inegável proximidade do procedimento regulado pela Lei 9.507/1997 com aquele previsto pela Lei 1.533/1951, que regulamentou o procedimento do mandado de segurança até o ano de 2009, quando a Lei 12.016 a revogou. É natural, portanto, que a aplicação de novidades dessa lei ao procedimento do *habeas data* seja objeto de questionamentos doutrinários. No caso, trata-se da aplicação ou não do art. 7.º, II, da nova Lei de Mandado de Segurança, em previsão ausente da legislação anterior, que determina que o juiz dê ciência do processo ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica, enviando-lhe cópia da petição inicial, sendo dispensado o envio dos documentos que a instruem.

Entendo que a mesma justificativa existente para a consagração da ciência da pessoa jurídica de direito público, presente no mandado de segurança, aplica-se também ao *habeas data*, de forma a ser aplicável tal regra ao procedimento do segundo. As discussões a respeito da forma de comunicação, que passam pela premissa de se definir a legitimidade passiva do *habeas data*, são exatamente as mesmas referentes ao mandado de segurança[31].

14.4.2.2.6. Participação do Ministério Público

De acordo com o art. 12 da Lei 9.507/1997, findo o prazo de dez dias para a prestação das informações, será ouvido o representante do Ministério Público, parecendo, nesse caso, ser indiscutível a necessidade de sua intimação para participar como fiscal da lei. Aplica-se subsidiariamente o art. 12 da Lei 12.016/2009, que veio a pacificar polêmico tema a respeito da necessidade de manifestação do Ministério Público quando intimado a participar como *custos legis*. O parágrafo único do dispositivo legal mencionado é claro ao prever que, com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz para a decisão, em previsão de todo aplicável ao procedimento do *habeas data*.

Parece natural essa conclusão, diante da sumariedade do rito procedimental e do claro objetivo do legislador em fazer com que o procedimento seja o mais célere possível. Não se pode compreender que um procedimento com tais características fique obrigatoriamente retido por largo lapso temporal, à espera de um parecer ministerial. Essa possibilidade de o procedimento seguir sem a manifestação do Ministério Público, entretanto, não torna o prazo de dez dias para manifestação num prazo próprio, de forma que a única preclusão que se opera para a admissão de tal manifestação é a mista (temporal-lógica), verificada após a decisão já ter sido proferida. Antes disso, não há que se falar em preclusão temporal[32].

14.4.2.2.7. Instrução

Demonstrando claramente ser o procedimento do *habeas data* sumário-documental, a exemplo do

que ocorre com o mandado de segurança, após o decurso do prazo de manifestação do Ministério Público, os autos serão conclusos para a prolação da decisão. A par da discussão de existência ou não da exigência de direito líquido e certo no *habeas data* – melhor entender que não, por ausência de expressa previsão nesse sentido –, não parece haver no procedimento previsto pela Lei 9.507/1997 espaço para produção de qualquer outra espécie de prova que não a documental[33]quando muito será admitida uma prova documentada.

Justamente sob essa perspectiva deve ser compreendida a regra consagrada pelo art. 17 da Lei 9.507/1997, ao prever que, no caso de *habeas data* de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo. Só se pode entender que essa "instrução" seja na realidade a prática dos atos preparatórios para o julgamento, de forma que caberá ao relator da ação a notificação da autoridade coatora, a cientificação da pessoa jurídica de direito público e a intimação do Ministério Público como fiscal da lei.

14.4.2.2.8. Decisão

Nos termos do art. 12 da Lei 9.507/1997, após o encerramento dos atos preparatórios, o juiz terá um prazo de cinco dias para decidir o processo. Segundo o art. 19, *caput*, da mesma lei, sendo a ação de competência originária do tribunal, o julgamento deve ocorrer na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, os autos forem conclusos ao relator. Trata-se de prazos impróprios, de forma que seu vencimento não gerará preclusão temporal, de forma que a decisão proferida após os cinco dias legais ou em sessão subsequente será tão válida e eficaz quanto aquela proferida respeitando-se o prazo legal. A indicação de um prazo mais exíguo que o comum – dez dias – deixa claro que o legislador, apesar de não criar um dever processual no dispositivo legal, pretende que o juiz seja o mais rápido possível na prolação de sua decisão.

A celeridade, como importante característica do procedimento do *habeas data*, também se encontra consagrada no art. 19 da Lei 9.507/1997. No *caput* está previsto o direito de preferência no julgamento sobre os demais processos, salvo os *habeas corpus* e mandados de segurança, enquanto no parágrafo único há previsão de um prazo máximo de 24 horas para a conclusão dos autos após sua distribuição, mais um prazo impróprio. Parcela da doutrina, inclusive, diante da grande preocupação do legislador com a celeridade do procedimento, defende que, a exemplo do mandado de segurança, o *habeas data* tenha trâmite durante as férias forenses coletivas[34].

Todos os resultados possíveis no julgamento de uma ação judicial são admissíveis no *habeas data*. Qualquer que seja o teor da decisão, não haverá condenação ao pagamento de custas ou de honorários advocatícios, considerando-se a gratuidade consagrada no art. 21 da Lei 9.507/1997. Ainda que indesejável, é cabível a extinção do processo sem resolução de mérito por meio de sentença terminativa, nos termos do art. 267 do CPC. Nesse particular, anote-se a absoluta inutilidade do art. 18 da Lei 9.507/1997 ao prever que o pedido de *habeas data* poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito. Não havia necessidade de uma regra consagrar a regra geral. Na resolução do mérito, ainda que seja possível uma homologação de renúncia ou até mesmo o reconhecimento jurídico do pedido (exibição das informações desejadas), o mais comum é o acolhimento ou rejeição do pedido, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Segundo o art. 13 da Lei 9.507/1997, o acolhimento do pedido do autor levará o juiz a determinar

ao coator a tomada de duas providências, tudo a depender do pedido formulado. Se a pretensão for o acesso às informações, o juiz marcará data e horário para que o coator as exiba em juízo. Se a pretensão for a modificação de informações, o juiz marcará data e horário para que o coator apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do autor. Entendo que a natureza da decisão é mandamental[35], apesar de reconhecer a divergência doutrinária[36], de forma que a recusa injustificada do coator em proceder conforme a ordem do juiz constitui, nos termos do art. 14, V, do CPC, ato atentatório à dignidade da jurisdição.

Para importante parcela da doutrina, o descumprimento da ordem pela autoridade coatora permite a aplicação da multa prevista no art. 461, § 4.º, do CPC, como forma de pressioná-la psicologicamente ao cumprimento da obrigação[37]. Entendo, entretanto, que a aplicação ou não das *astreintes* como forma de execução indireta, nesse caso, dependerá da definição de importante premissa de quem é a legitimidade passiva no *habeas data*. A única possibilidade de se defender a aplicação das *astreintes* à autoridade coatora é considerar-se a premissa de que ela é o réu, porque, admitindo-se ser a pessoa jurídica de direito público o legitimado passivo, somente a ela poderá ser aplicada a multa do art. 461, § 4.º, do CPC.

Em cumprimento do princípio do contraditório, a autoridade coatora deve ser informada do resultado do processo, em especial do acolhimento do pedido, porque, nesse caso, há providências que deverão ser tomadas por ela. Cuida do tema da informação da autoridade coatora o art. 14 da Lei 9.507/1997, exigindo, nos termos do *caput*, a intimação pessoal do coator, a ser realizada por correio com aviso de recebimento, telegrama, radiograma ou telefonema, conforme requerer o impetrante.

14.5. LIMINAR

Não há na Lei 9.507/1997 previsão expressa a respeito de concessão de liminar, contrariando tanto a antiga como a atual Lei do Mandado de Segurança, que expressamente consagra a possibilidade de concessão dessa espécie de tutela de urgência. A omissão legal leva a um debate doutrinário a respeito da aplicação extensiva ou não das regras do mandado de segurança ao *habeas data*. E, mesmo que nada houvesse na lei de mandado de segurança, poder-se-ia questionar a respeito da aplicabilidade da tutela antecipada consagrada pelo art. 273 do CPC ao procedimento do *habeas data*. A questão é: a par do silêncio legal, cabe tutela de urgência satisfativa no procedimento de *habeas data*?

Entendo que, num primeiro momento, é indispensável traçar de forma clara e segura a distinção entre satisfatividade e irreversibilidade. Discordo daqueles que tratam quase como sinônimos os termos satisfatividade e irreversibilidade[38], porque, em meu entendimento, são características distintas da tutela de urgência. O grau de satisfatividade mede-se pela identidade da situação fática criada pela tutela de urgência com aquela que seria criada com a concessão da tutela definitiva, enquanto a irreversibilidade mede-se pela possibilidade ou não de se retornar a situação fática anterior a concessão da tutela de urgência na hipótese de sua revogação. Prova maior é a constatação de que toda tutela antecipada é satisfativa, e, ao menos em tese, só será inadmissível quando irreversível (art. 273, § 2.º, do CPC).

O que se pretende afirmar é que, se alguma característica da tutela de urgência impedir a concessão da liminar da tutela antecipada, não será sua satisfatividade, mas sua irreversibilidade. Conforme bem notado pela melhor doutrina que já tratou do tema, o grande problema de uma tutela de urgência na ação de *habeas data* é sua irreversibilidade, fenômeno que, ao menos em tese, é incompatível com as tutelas de urgência satisfativas, naturalmente provisórias. Provisoriedade e irreversibilidade realmente não são fenômenos que possam conviver de forma pacífica.

É preciso observar, entretanto, que a irreversibilidade, quando prevista expressamente como requisito negativo para concessão de tutela de urgência satisfativa, não se constitui como obstáculo instransponível para a tutela urgente de direito da parte. Na tutela antecipada, ainda quando sua concessão for faticamente irreversível, o juiz poderá excepcionalmente concedê la, lembrando a doutrina que um direito em perigo do autor não pode ser sacrificado pela vedação legal. Interessante lembrar-se da viabilidade da concessão de tutelas liminares de urgência nas cautelares probatórias, quando a prova será produzida de forma irreversível sem a participação do réu.

A doutrina entende de forma uníssona que, em situações excepcionais, a par do silêncio da lei, caberá ao juiz conceder a tutela de urgência satisfativa liminarmente, antes mesmo da notificação da autoridade coatora para prestar as informações[39].

14.6. LEGITIMIDADE

14.6.1. Legitimidade ativa

Não há qualquer indicação na Lei 9.507/1997 sobre a legitimidade ativa na ação de *habeas data*, sendo entendimento doutrinário que qualquer pessoa poderá ingressar com tal ação. Em razão de garantia constitucional, não se poderia admitir tratamento diverso entre pessoas nacionais e estrangeiras, sendo ampla nesse sentido a legitimidade ativa[40]. Por outro lado, tanto a pessoa humana como a pessoa jurídica podem ter interesse em tutelar os direitos garantidos pelo *habeas data*, não parecendo haver qualquer justificativa válida para qualquer espécie de limitação quanto à legitimação ativa nesse caso[41]. Acredito que tanto a pessoa jurídica de direito privado como a de direito público têm legitimidade ativa para o *habeas data*, ainda que, em se tratando de pessoa jurídica de direito público, seja mais comum a solução de eventual impasse por via administrativa, por meio de ordem superior aos órgãos envolvidos no conflito.

Essa espécie de legitimidade é ordinária, por meio da qual a parte defende em juízo em nome próprio o seu próprio interesse. O caráter pessoal das informações acessadas e/ou corrigidas, inclusive, leva ao único debate doutrinária a respeito da legitimação ativa no *habeas data*: são legitimados os herdeiros e sucessores do titular do interesse? Naturalmente, nesse caso, estar-se-á diante de legitimação ordinária superveniente, o que mantém longe da legitimidade ativa no *habeas data* a legitimação extraordinária, mas a pergunta remanesce: admite-se essa transferência da legitimidade ativa?

Enquanto parcela doutrinária defende a impossibilidade da transmissão de legitimidade aos herdeiros e sucessores, forte na ideia de intransmissibilidade do direito à informação/retificação protegido pelo *habeas data*[42], há doutrinadores que defendem a legitimidade superveniente do

cônjuge ou herdeiros, quando o *habeas data* versar sobre informações que importem em direitos *mortis causa*[43]. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de adotar essa segunda corrente doutrinária, atribuindo legitimidade ativa à viúva de militar no acesso às informações funcionais do *de cujus*[44].

Por fim, ao se afastar a legitimação extraordinária do polo ativo do *habeas data*, também afastada estará a legitimidade do Ministério Público ingressar com tal ação[45], salvo na excepcionalíssima hipótese de dados de interesse do próprio órgão.

14.6.2. Legitimidade passiva

A doutrina, praticamente de forma uníssona, entende que a legitimidade passiva no *habeas data* é do órgão ou entidade que detém a informação[46]. Conspira para essa conclusão o art. 2.º, *caput*, da Lei 9.507/1997, que, mesmo prevendo o procedimento extrajudicial do *habeas data*, consigna expressamente que o requerimento será apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados, em previsão que já antecipa quem será o réu da ação judicial, se a mesma se fizer indispensável em razão da frustração da fase pré-processual.

O órgão ou entidade não precisa ter necessariamente natureza pública para ser legitimado passivo na ação de *habeas data*. O próprio art. 5.º, LXXII, *a*, da CF/1988, prevê que basta aos órgãos ou entidades terem "caráter público", o que permite a conclusão, pela doutrina majoritária, de que esse caráter público diz respeito à possibilidade de as informações se tornarem públicas, no sentido de chegarem ao conhecimento de terceiros. É, portanto, absolutamente irrelevante saber se o órgão que mantém tais informações é de direito público ou privado; o que se exige é o caráter público da informação.

O aspecto mais interessante da legitimidade passiva do *habeas data*, que não pode passar despercebido, é o papel que a autoridade coatora desempenha na relação jurídica processual que será formada na demanda judicial. Como já devidamente analisado, a notificação será dirigida ao coator, não havendo nenhuma menção na Lei 9.507/1997 a qualquer espécie de cientificação da pessoa jurídica à qual pertença. Afinal, quem terá legitimidade passiva: a autoridade coatora ou a pessoa jurídica à qual pertence?

É interessante notar que, apesar da proximidade procedimental do *habeas data* com o mandado de segurança, a questão da legitimidade passiva no primeiro não suscitou de forma tão intensa debates doutrinários como no segundo. De qualquer forma, o debate é válido.

Não vejo porque concluir, no tocante ao *habeas data*, diferentemente do que já se havia concluído no mandado de segurança: o réu nessas duas ações é a pessoa jurídica que, no primeiro caso, detenha as informações e que, no segundo, tenha em seus quadros o sujeito responsável pela violação ou ameaça de violação a direito líquido e certo. Nesse sentido, concordo com parcela doutrinária que entende ser a autoridade coatora mero representante ou presentante da pessoa jurídica[47].

14.7. COMPETÊNCIA

A competência para julgamento do *habeas data* está prevista no art. 20 da Lei 9.507/1997, que, em singular opção, prevê não só a competência originária em seu inciso I, como a competência recursal em seu inciso II.

Da mesma forma que ocorre para a fixação da competência do mandado de segurança, no *habeas data* interessa saber o *status* da pessoa humana responsável pela exibição, anotação ou correção de informações. A ação constitucional pode tanto ser de competência do primeiro grau, e nesse caso podendo tramitar na Justiça Federal, como originária dos tribunais de segundo grau (Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal) e dos órgãos de superposição (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

Nos termos do art. 20, I, *a*, da Lei 9.507/1997, será competente originariamente o Supremo Tribunal Federal na hipótese de impugnação a ato do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal. Em termos recursais, a competência do Supremo Tribunal Federal é prevista em dois dispositivos. No art. 20, II, *a*, da Lei 9.507/1997, há previsão de competência recursal quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos tribunais superiores (recurso ordinário constitucional, nos termos dos arts. 539, I, e 540, do CPC e art. 102, II, *a*, da CF/1988), enquanto o art. 20, III, da mesma lei prevê a competência para o julgamento do recurso extraordinário nos casos previstos na Constituição Federal.

A competência originária do Superior Tribunal de Justiça está prevista no art. 20, I, *b*, da Lei 9.507/1997: *habeas data* contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal. Em termos recursais, caberá ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 20, II, *b*, da mesma lei, o julgamento, quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais. Essa previsão é apontada como inconstitucional pela melhor doutrina[48], considerando-se que não existe regra nesse sentido na Constituição Federal, não podendo a lei infraconstitucional, no caso, a Lei 9.507/1997, alargar a competência do Superior Tribunal de Justiça, quer criando um recurso inominado, quer simplesmente prevendo a competência para o recurso ordinário constitucional.

Caberá aos Tribunais Regionais Federais julgar *habeas data* contra atos do próprio tribunal ou de juiz federal, nos termos do art. 20, I, *c*, da Lei 9.507/1997, sendo sua competência recursal prevista pelo art. 20, II, *c*, da mesma lei: decisão proferida por juiz federal. Segundo o art. 20, I, *e*, da Lei 9.507/1997, a competência dos Tribunais de Justiça para o julgamento do *habeas data* será disciplinada pela Constituição Estadual, o mesmo ocorrendo no tocante à competência recursal (art. 20, II, *d*, da Lei 9.507/1997).

Em primeiro grau de jurisdição, a competência será da Justiça Federal, quando o *habeas data* impugnar ato praticado por autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais (art. 20, I, *d*, da Lei 9.507/1997), sendo a competência da Justiça Estadual residual, nos termos do art. 20, I, *f*, da mesma lei.

14.8. RECURSOS

Não cabem elogios ao legislador no tocante ao tratamento recursal dispensado ao procedimento do *habeas data*, regulado pela Lei 9.507/1997. O tema é tratado pelos arts. 10, parágrafo único, e 15

da referida lei, e bem melhor seria se o legislador tivesse simplesmente silenciado a respeito do tema.

O art. 10, parágrafo único, prevê que do "despacho de indeferimento" cabe o recurso de apelação, fazendo remissão ao art. 15 do mesmo diploma legal. Não existe no sistema processual pátrio um despacho capaz de indeferir a petição inicial, considerando-se despachos os pronunciamentos judiciais sem caráter decisório, voltados tão somente ao andamento procedimental. Sendo a petição inicial indeferida, o ato judicial será uma sentença que extingue o processo, recorrível por apelação nos termos do art. 513 do CPC.

Segundo o art. 15, *caput*, da Lei 9.507/1997, da sentença que conceder ou negar o *habeas data* cabe o recurso de apelação. Por alguma razão incompreensível, o dispositivo só tratou da sentença de mérito, deixando de indicar que também da sentença terminativa será cabível o recurso de apelação, conclusão a que se chega pela aplicação do art. 513 do CPC, que corretamente não qualifica a espécie de sentença para determinar sua recorribilidade pela apelação. Dessa forma, qualquer que seja a sentença proferida no *habeas data*, o recurso cabível será a apelação, além, é claro, dos embargos de declaração para as hipóteses de omissão, obscuridade e contradição.

O recurso de apelação, nos termos do art. 15, parágrafo único, da Lei 9.507/1997 não terá efeito suspensivo, quando a sentença conceder o *habeas data*, de forma que a determinação de exibição ou correção deverá ser cumprida imediatamente, ainda que interposto o recurso de apelação. Sendo o julgamento de improcedência, e na ausência de regra expressa nesse caso, a apelação será recebida no duplo efeito, nos termos do art. 520, *caput*, do CPC, ainda que, nesse caso, a imediata geração da decisão denegatória não produza qualquer transformação prática no plano dos fatos, o que torna desimportante a ausência de efeito suspensivo.

Ainda que não exista efeito suspensivo próprio (*ope legis*) à apelação contra decisão de procedência no *habeas data*, o sucumbente poderá, ao apelar da sentença, requerer a concessão de efeito suspensivo impróprio (*ope legis*), com fundamento no art. 558 do CPC. Dessa forma, demonstrando serem relevantes seus fundamentos e o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação, caso a decisão recorrida gere imediatamente seus efeitos, poderá requerer a excepcional concessão de efeito suspensivo ao recurso.

No tocante a esse pedido de concessão de efeito suspensivo impróprio, é preciso observar que, começando o procedimento da apelação em primeiro grau de jurisdição, e sendo de competência do relator desse recurso a concessão do efeito suspensivo, nos termos do art. 558 do CPC, o apelante terá que pleitear junto ao tribunal a concessão do efeito suspensivo, sem que os autos do processo e, por consequência lógica, a apelação tenham chegado fisicamente ao tribunal.

Entendo que bastaria, nesse caso, ingressar com uma petição autônoma devidamente instruída perante o tribunal competente, requerendo a concessão de efeito suspensivo à apelação no tocante ao capítulo da sentença que concedeu a tutela antecipada, com fundamento no art. 558 do CPC. Uma vez distribuída a petição, o órgão colegiado que a receber torna-se prevento para a apelação, que será a ele encaminhada quando finalmente os autos chegarem ao tribunal. É a melhor forma entre todas as possíveis, sem a necessidade de interposição de recursos ou de outras ações judiciais: forma mais rápida, simples, barata e em sintonia com o sincretismo processual.

É impressionante e muito frustrante que, no clima de sincretismo que vivemos atualmente, alguns

cartórios distribuidores continuem se negando a receber essa petição, apontando-a como aberração jurídica ou coisa do gênero. Recentemente, tal fato deu-se no cartório distribuidor do Tribunal de Justiça de São Paulo. O que não percebem os aterrorizados em distribuir uma petição atípica e não uma petição inicial ou recurso é que tal conduta, apegada a um obscurantismo medieval, só força a parte a ingressar com uma nova ação.

Já antevendo as dificuldades que enfrentará na distribuição da peça atípica com fundamento no art. 558 do CPC, é provável que o réu opte pelo ingresso de cautelar inominada com pedido de liminar perante o tribunal, que será o competente para essa ação em razão do disposto no art. 800, parágrafo único, do CPC[49]. Note-se que a fundamentação e o pedido serão exatamente iguais àqueles que o réu teria feito por meio de mera petição, mas certamente, nesse caso, não terá grandes dificuldades práticas junto ao cartório distribuidor para fazer chegar com certa rapidez o pedido a um relator.

Por fim, deve se registar que o art. 15, *caput*, da Lei 9.507/1997 prevê tão somente a recorribilidade da decisão que resolve o *habeas data* em primeiro grau de jurisdição, esquecendo-se da possibilidade de tal ação ser de competência originária do tribunal. Nesse caso, naturalmente não haverá sentença e tampouco recurso de apelação. Sendo um acórdão o julgamento que decide as ações de competência originária do tribunal, o recurso cabível, além dos embargos de declaração, será o recurso especial e/ou recurso extraordinário, a depender do caso concreto.

Defendo a aplicação subsidiária no *habeas data* das regras recursais previstas pelo Código de Processo Civil, sendo, por exemplo, cabível o recurso de agravo de instrumento contra decisão que verse sobre o pedido de tutela de urgência, bem como o agravo interno para decisões monocráticas proferidas pelo relator em sede recursal ou originária. Também me parece indiscutível o cabimento dos recursos de embargos de declaração, especial e extraordinário. O único recurso previsto no rol do art. 498 do CPC, que, tudo leva a crer, será considerado incabível nesta sede, são os embargos infringentes, aplicando-se por analogia entendimento sumulado dos tribunais superiores no tocante ao mandado de segurança[50].

1 BASTOS, *Habeas*, p. 85.
2 PIOVESAN, *O "habeas"*, p. 99; BASTOS, *Habeas*, p. 91.
3 PIOVESAN, *O "habeas"*, p. 99.
4 STJ – REsp 781.969/RJ – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – j. 08.05.2007 – *DJ* 31.05.2007, p. 395.
5 STJ – Pet 1.318/MA – Primeira Turma – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 19.02.2002 – *DJ* 12.08.2002, p. 164.
6 BUENO, Cassio Scarpinella. *Habeas*, p. 74.
7 STJ – HD 56/DF – Terceira Seção – Rel. Min. Felix Fischer – j. 10.05.2000 – *DJ* 29.05.2000, p. 108.
8 STJ – REsp 1.128.739/RJ – Segunda Seção – Rel. Min. Castro Meira – j. 17.12.2009 – *DJE* 10.02.2010.
9 MARINS, James. *Habeas data*, antecipação de tutela e cadastros financeiros à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 26, abr.-jun. 1998.
10 STJ – HD 160/DF – Primeira Seção – Rel. Min. Denise Arruda – j. 27.08.2008 – *DJE* 22.09.2008.
11 BUENO, Cassio Scarpinella. *Habeas data*, p. 97-98.
12 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 354.
13 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, n. 544, p. 302; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 118.
14 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, n. 544, p. 302-303; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 173; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. n. 12.5.2, p. 128; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 118-119; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. n. 4.15, p. 130-131; STJ – REsp 954.508/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 28.08.2007.
15 Súmula 2/STJ: "Não cabe *habeas data* (CF, art. 5.º, LXXII, letra *a*) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa".
16 NOVELINO, Marcelo. *Direito*, p. 476-477; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 354.
17 Apontando a incoerência: BARBOSA MOREIRA, *Habeas*, p. 133; MEDINA, *Análise*, p. 158-159; ALMEIDA, *Habeas*, p. 108.
18 MEDINA, *Análise*, p. 158.
19 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 353.
20 BARBOSA MOREIRA, *O "habeas"*, p. 133.
21 BARBOSA MOREIRA, *O "habeas"*, p. 140.
22 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 364.
23 BUENO, Cassio Scarpinella. *Habeas data*, p. 89.
24 BUENO, Cassio Scarpinella. *Habeas data*, p. 90.
25 OLIVEIRA, *Rito*, p. 188.
26 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 355.
27 BUENO, Cassio Scarpinella. *Habeas data*, p. 88.
28 OLIVEIRA, *Rito*, p. 188.
29 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 357.
30 BUENO, Cassio Scarpinella. *Habeas data*, p. 88.
31 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. São Paulo: Método, 2011. trata da comunicação no MS.
32 OLIVEIRA, *Rito*, p. 192.
33 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 361; OLIVEIRA, *Rito*, p. 190-191.
34 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 358.
35 BARBOSA MOREIRA, *Habeas*, p. 141; OLIVEIRA, *Rito*, p. 193.
36 PEÑA DE MORAES, *Curso*, p. 663-664.

37 BARBOSA MOREIRA, *Habeas*, p. 142.

38 BUENO, Cassio Scarpinella. *Habeas*, p. 93-95.

39 BUENO, Cassio Scarpinella. *Habeas*, p. 94-96; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 363; ALMEIDA, *Habeas*, p. 11-115.

40 BARBOSA MOREIRA, *O "Habeas"*, p. 137.

41 LAURIA TUCCI, *Processo*, p. 335; NOJIRI, *O "habeas"*, p. 368-369. Contra: BASTOS, *Habeas*, p. 85-86.

42 LAURIA TUCCI, *Processo*, p. 336; BUENO, Cassio Scarpinella. *Habeas*, p. 81; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 347; RIBEIRO LOPES-LOPES, *O "habeas"*, p. 278-279.

43 NOJIRI, *O "habeas"*, p. 367-368; ALMEIDA, *Habeas*, p. 121; OLIVEIRA, *Rito*, p. 183.

44 STJ, 3.ª Seção, HD 147/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 12.12.2007, *DJ* 28.02.2008, p. 69.

45 NOJIRI, *O "habeas"*, p. 369. Contra: RIBEIRO LOPES-LOPES, *O "habeas"*, p. 279.

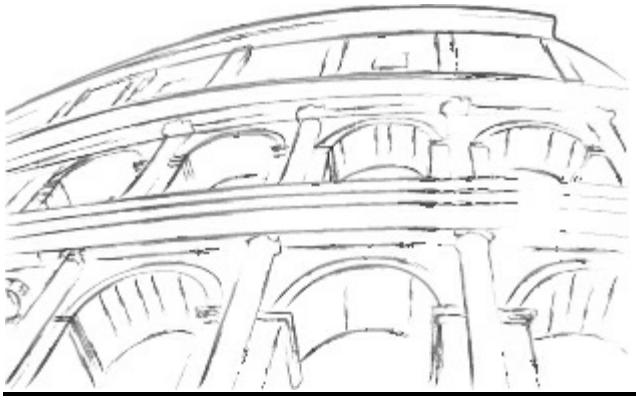
46 BASTOS, *Habeas*, p. 86; BARBOSA MOREIRA, *O "habeas"*, p. 130-131; LAURIA TUCCI, *Processo*, p. 336.

47 BUENO, Cassio Scarpinella. *Habeas*, p. 87. Aparentemente contra: PIOVESAN, *O "habeas"*, p. 100.

48 BUENO, Cassio Scarpinella. *Habeas*, p. 106; BARBOSA MOREIRA, *O "habeas"*, p. 146-147.

49 BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. n. 10.2.5, p. 89.

50 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 363.



BIBLIOGRAFIA

ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 31, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Alberto. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, João Batista de. Resolução e revisão dos contratos. In: PFEIFFER, Roberto. A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (cords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Convergências e assimetrias. São Paulo: RT, 2005.

ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 2002.

———; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. A cura di Pietro Maria Putti. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

———; ———. *Trattado di diritto privado*. Diretto da Pietro Rescigno. Torino: UTET, Ristampa, 1987. t. 6: Obbligazione e contratti.

ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

———; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1995.

AMARAL, Francisco. *Direito civil* – introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Reflexões acerca da representatividade adequada nas ações coletivas passivas. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 3. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. I.

APARICIO, Juan Manuel. *Contratos*. Presupuestos. Córdoba: Advocatus, Sala de Derecho Civil, Colégio de Abogados de Córdoba, 1999.

APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* – direito processual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2008. v. 2.

———. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Aspectos atuais do direito probatório*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). São Paulo: Método, 2009.

———. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *RePro*, São Paulo, n. 65, jan.-mar. 1992, p. 45.

ARRUDA ALVIM. Ação civil pública. *RePro*, n. 87, São Paulo, RT, jul.-set. 1997, p. 151.

———. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

———. *Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1985.

———. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. I.

———. Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002. v. 6.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

———. O MP e a tutela dos interesses individuais homogêneos. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (coords.). *Estudos de direito do consumidor:* tutela coletiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil* – teoria geral. Acções e factos jurídicos. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2003. v. II.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

———. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

———. Substituição processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 9, 2003, p. 9.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário*. 3. ed. Belém: CEJUP, 1988.

———. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva – "Laesio enormis". In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

———. *Teoria geral das obrigações*. Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

———. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Parecer. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito a indenização na responsabilidade civil. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

———. (Parecer). Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflito de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. *Novos pareceres e estudos de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

———. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

———. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.

———. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Temas de direito processual (Terceira Série)*. São Paulo: 1984.

———. Ação Civil Pública. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, Malheiros, n. 3, 1993, p. 24.

———. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

———. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. *Temas de direito processual civil*. 3.ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

———. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

———. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? *Temas de direito processual civil*. 5ª Série. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

BARROSO, Alexandre de Alencar. *Acesso à justiça e preclusão civil*. Dissertação para obtenção do grau de mestre no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 1996.

BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. Responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006. v. 5.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

———. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

———. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002.

———. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *Código Brasileiro de Direito do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

———. *Introdução ao processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro positivo. Disponível em: <http://www.brasilcon.org.br/web/destaque/destaquever.asp?id=137>. Acesso em: 3 jun. 2011.
———. Fornecedor equiparado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 61, p. 127, jan.-mar. 2007.
BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 2004.
———; PONTARA, Giulliano; VECA, Salvatore. *Crise de la democrazia e neocontrattualismo*. Roma: Editora Riuniti, 1984.
BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica. Tese – (Doutorado) Itajaí: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Na ação do consumidor pode ser inútil a defesa do fornecedor. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 33, 1990, p. 81 e ss.
BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. Civil, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007.
BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.
———. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Repro*, n. 82, ano 21, abr.-jun. 1996.
———. *Código de Processo Civil anotado*. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2006.
———. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
———. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.
———. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.
BUSSATTA, Eduardo. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.
CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
———. *A responsabilidade civil pelo fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 3.
———. *Da antecipação* de tutela. *Reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
———. *Arbitragem*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
———. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais:* uma abordagem crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
———. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 2
———. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.
———. *Redução do valor da astreinte e efetividade do processo*. *Direito civil e processo*. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo Reis; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM, Thereza Celina Diniz de (Coords.). São Paulo: RT, 2007.
———. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coords.). *Procedimentos especiais cíveis* – legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003.
CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.
———. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.
CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
———. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei 9.307/1996. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
———. *Código de Processo Civil interpretado*. In: MARCATO, Antonio Carlos. São Paulo: Atlas, 2004.
———. O processo de liquidação de sentença. *RePro*, São Paulo, n. 60, out.-dez. 1990, p. 44.
CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. A álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013.
———. *Responsabilidade civil por perda de uma chance. A álea e a técnica*. Dessertação de Mestrado defendida pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne).
CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006*.
———. *Jurisdição e competência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
———. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
———. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
CARPENA, Heloísa. *Contornos atuais do superendividamento*. Temas de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
CARVALHO, Fabiano. Os agravos e a reforma do Código de Processo Civil. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.
CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual*. Teoria e prática. São Paulo: RT, 2009.
CASTRO, João Paulo Rodrigues de. Cobrança coativa em casas noturnas: exercício arbitrário das próprias razões. Como sair da boate sem pagar e sem apanhar? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3188, 24 mar. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21352>. Acesso em: 25 mar. 2012.
CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2003.
CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
———. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
———. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. O risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil*. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009.
CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. 2.º vol.
CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 1992.
CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
CÓDIGO DO CONSUMIDOR. Anteprojecto. Comissão do Código Consumidor. Ministério da Economia e da Inovação. Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2006.
COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.
———. *Manual de direito comercial*. Direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil português* – parte geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. t. I.
COSTA, Susana Henrique da. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitória*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.
———. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993.
CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Inovações no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2002.
CUNHA, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*. Do CDC ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.
DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 2.
DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942-1945], 1979. v. 1.
DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008.
DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
DICIONÁRIO AULETE. Disponível em: <http://aulete.uol.com.br>. Acesso em: 10 dez. 2009.
DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1.
———. *Direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2005.
———; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodvm, 2009. v. 5.
———*;* ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4.
DÍEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Editorial Bosch, 1963.
———; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2003. v. 1.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
———. Ação rescisória contra decisão interlocutória. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
———. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude e ônus da prova. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. II.
———. *Execução civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
———. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

———. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.
———. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3.
———. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.
———. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2.
———. *Intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
———. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
DINAMARCO, Pedro. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
———. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
———. *Curso de direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.
———. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.
———. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.
———. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
———. *Responsabilidade pós-contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.
DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (Coord.). São Paulo: Manole, 2007.
DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.
EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: RT, 2002.
FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
FACHIN, Luiz Edson. Novo Código Civil brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor: um *approach* de suas relações jurídicas. In: MONTEIRO, António Pinto (dir.). *Estudos de direito do consumidor*, n. 7. Coimbra: Centro de Direito de Consumo, 2005.
FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil. Teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada a ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Direitos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.
———. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo* – instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
FIGUEIRA JR., Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, jan.-mar. 2001, p. 111.
———. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
———. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
———. Conflitos de consumo e juízo arbitral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 21, jan.-mar 1997, p. 47-49.
———. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
FINGER, Julio Cesar. O Ministério Público Pós-88 e a efetivação do Estado Democrático de Direito: podemos comemorar? In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (org.). *Ministério Público. Reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.
FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2003.
FLACH, Daisson. *A nova execução*. Coordenação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008. t. XI.
FRADERA, Vera Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 19, 2004.
FREIRE E SILVA, Bruno. Inversão judicial do ônus da prova no CDC. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coords.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2008.
FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*: enfoque sobre o interesse de agir. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
———. *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2006.
FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GABURRI, Fernando. Cadastro positivo de consumidores: uma história para contar. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2011/01/texto-de-fernando-gaburri-sobre-o.html>. Acesso em: 3 jun. 2011.
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito das obrigações. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II.
———; ———. *Novo curso de direito civil*. Responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. III.
———; VIANA, Salomão. É sempre vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário? Reflexões sobre a Súmula 381 do STJ. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/Arti-go_pabloesal_381.doc>. Acesso em: 1º maio 2011.
GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à nova lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009.
GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. Código Civil comentado e Jurisprudência. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007.
———. *Direito do consumidor*. Código comentado e Jurisprudência. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
GIDI, Antônio. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos* – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.
———. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do direito do consumidor*, São Paulo, RT, n. 13, jan.-mar. 1995, p. 34.
———. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
GODINHO, Robson Renault. Prova e acesso à justiça: apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.
GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cesar Peluzo. São Paulo: Manole, 2007.
———. *Função social do contrato*. De acordo com o novo Código Civil. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004.
GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria geral das provas*. Salvador: JusPodivm, 2005.
GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: análise histórica e as suas principais inovações. In: MOREIRA, Alberto Camina; ALVAREZ, Anselmo Pietro; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coords.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.
GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*: condições gerais dos contratos, São Paulo: RT, 1972.
———. *Contratos*. 17. ed. Atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
———. *Contratos*. 26. ed. Atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenação de Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
———. *Obrigações*. 11. ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
———. *Direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV.
———. *Direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. IV.
———. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.
GONÇALVES, Renato Afonso. *Bancos de dados nas relações de consumo*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.
———. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.
———. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I.
———. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.
———. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública refém do autoritarismo*. O processo – estudos & pareceres. São Paulo: DPJ, 2006.
———. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
———. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
——— *et al*. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
———. Interesse da União. Preclusão. A preclusão e o órgão jurisdicional. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
———. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. *O processo* – estudos & pareceres. São Paulo: DPJ, 2006.
———. *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

———; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. As liminares na reforma do CPC. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Liminares*. São Paulo: RT, 1995.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21753>. Acesso em: 21 set. 2013.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam.* São Paulo: RT, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Cirurgia plástica e responsabilidade civil do médico:* para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 7 abr. 2009.

———. Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dessemelhança. *Direito civil:* estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

———; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual:* temas atuais. São Paulo: Método, 2008.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. *A crise da razão no ocidente*. Disponível em: <http://www.sinergia-spe.net/editoraeletronica/autor/069/06900100.htm>. Acesso em: 17 mar. 2009.

JAYME, Erik. Il diritto internazionale privato estense. *Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Estrato. Diretta da Fausto Pocar, Tullio Treves, Sergio M. Carbone, Andrea Giardina, Riccardo Luzzatto, Franco Mosconi, Padova: Cedam, ano XXXII, n. 1, Gennaio/Marzo 1996, p. 18.

———. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. Trad. Claudia Lima Marques e Nádia de Araújo. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Coord.). *O novo direito internacional*. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

———. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KHOURI, Paulo R. Roque. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

KLIPPEL, Rodrigo; NEFFA JR., José. *Comentários à Lei de Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LAGRASTA NETO, Caetano. Inserção do nome do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família*. Novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandéz Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*: análise do nexo causal. São Paulo: RT, 2008.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria pública*. Salvador: JusPodivm, 2010.

LIMA, Frederico Viegas de. *Condomínio em edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. t. 55, v. 2.

———. *Princípios gerais de direito*. Atual. Antonio S. Limongi França e Flávio Tartuce. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004.

———. *Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998.

———. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I e II.
LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2005.
———; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathyana Chaves de. *Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência)*. Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006.
MACEDO JR., Ronaldo. *Contratos relacionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.
MADALENO, Rolf. *Direito de família*. Aspectos polêmicos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002.
———. *Ação popular*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001.
———. *Interesses difusos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.
———. *Manual de direito do consumidor em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2004.
MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
———. *Leituras complementares para concursos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2004.
———. Prorrogação de competência, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, n. 65, 1992, p. 12.
MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*.
———. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
———. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
———. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.
———. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.
———; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2009. v. 4.
———; ———. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006.
———; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2010.
MARINS, James. *Habeas data*, antecipação de tutela e cadastros financeiros à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 26, abr.-jun. 1998.
MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.
———. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.
———. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
———. Violação do dever de boa-fé, corretamente, nos atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 835, 2005, p. 74-133.
———; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.
———; ———; ———. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
———; ———; ———. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
———; ———; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008.
———; ———; ———. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000. v. 2.
MARQUES, Voltaire de Lima. Dos bens jurídicos tutelados, da legitimação passiva e do foro competente na ação civil pública. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública* – 15 anos. São Paulo: RT, 2002.
MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.
———. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
———. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas* – defesa heterotópica. São Paulo: RT, 2002.
MAZZEI, Rodrigo Reis. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RAMOS, Glauco Gumerato; SHIMURA, Sergio (Coords.). *Atualidades do processo civil de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006.
———. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2007.
MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
———; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*. São Paulo: RT, 2009.
MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.
MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a questão da competência jurisdicional. *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4: Direito das obrigações. 1ª parte.
———. *Curso de direito civil* – 2ª parte. 34. ed. Atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5: Direito das Obrigações.
MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*. Curitiba: Juruá, 2009.
MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência judiciária:* sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Liber Juris Ltda., 1984.
MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; e CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2010.
MORATO, Antonio Carlos. *A pessoa jurídica como consumidora*. São Paulo: RT, 2008.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. La iniciativa em la defensa judicial de los intereses difusos y coletivos (un aspecto de la experiencia brasileña). *RePro*, São Paulo, RT, n. 68, 1992, p. 57.
MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.
MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
NALIN, Paulo. *Do contrato*: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2005.
NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
———; ———; BONDIOLI, Luis Guilherme F. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
NEIVA, Gerivaldo. A Súmula 381 do STJ. Um ato falho? Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2009/05/sumula-381-do-stj-artigo-de-gerivaldo.html>. Acesso em: 1º maio 2011.
NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.
———. *Código de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
———. *Princípios fundamentais*: teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.
———. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.
———; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
———; ———. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
———; ———. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
———; ———. *Leis civis comentadas*. São Paulo: RT, 2006.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.
———. Algumas considerações sobre a licitação procedimentais à busca da verdade no processo civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 30, p. 22-25.
———. Comentários ao art. 9º da Lei 4.717/1965. In: COSTA, Susana Henrique da (Coord.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
———. *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005.
———. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009.
———. Princípio da comunhão das provas. *Revista Dialética de direito processual*, n. 31, out. 2005, p. 30.

NICOLAU, Gustavo René. Desconsideração da personalidade jurídica. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. *Arte jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006. v. III.
NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
NOLASCO, Rita Dias. Responsabilidade patrimonial. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sérgio Seiji (Coords.). *Execução no processo civil*: novidades & tendências. São Paulo: Método, 2005.
NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
———. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:* autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.
NOVAES, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2001.
OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994.
OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso Especial*. São Paulo: RT, 2002.
OLIVEIRA, Waldemar Mariz de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1971. v. I.
ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei 11.448/2007 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002.
PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000.
PAULA, Adriano Perácio de. Da arbitragem nas relações de consumo. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 32, out.-dez 1999, p. 69.
———. *Direito processual do consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
———. O consumidor equiparado e o processo civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 34, abr.-jun. 2000, p. 62.
PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil:* alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
———. *Instituições de Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.
PEREIRA, Marivaldo de Castro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais: atuação como parte legitimada ou como assistente judicial. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal comum*. São Paulo: Saraiva, 2001.
PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
———. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ*. São Paulo: Malheiros, 1992.
PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003.
———. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.
PODESTÁ, Fábio Henrique. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo: RT, 2010.
PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 9.
RAMOS, André de Carvalho. Revendo a competência da Justiça Federal em matéria de relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, RT, n. 40, out.-dez. 2001, p. 53.
REALE, Miguel. Estrutura e espírito do novo Código Civil Brasileiro. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.
———. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
RENTERIA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*. Análise crítica. São Paulo: GEN/Método, 2011.
REVISTA VEJA. São Paulo: Abril, Edição 2.140, ano 42, n. 47, 25 nov. 2009, p. 163-166.
RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
———. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
———. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. A cláusula compromissória prevista na Lei 9.307, de 23.09.1996 e as relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 21, jan.-mar 1997, p. 36-37.
RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
———. *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

———. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
———; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à tutela coletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
ROSÁRIA, Grácia Cristina Moreira do. *Perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
SAMPAIO, José Soares. *Os prazos no Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.
SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.
SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Indenização e equidade no Código Civil de 2002. In: CARVALHO NETO, Inácio de (Coord.). *Novos direitos*. Após seis anos de vigência do Código Civil de 2002. Curitiba: Juruá, 2009.
———. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado*: o caso brasileiro. Separata da obra *Direitos fundamentais e direito privado* – uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2006.
SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.
SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
———. *Responsabilidade civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.
SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório. Tutela de confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
———. Flexibilização do nexo causal em relações de consumo. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
———. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
SÉGUIN, Elida. Defensoria pública e a tutela do meio ambiente. In: Souza, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.
———. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.
SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações* São Paulo: RT, 2006.
SILVA, Ovídio Baptista da. *A "antecipação"* da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA (org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
———. *Curso de processo Civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. I.
———. Responsabilidade pela sucumbência no Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 40, p. 56.
———; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.
SIMÃO, José Fernando. *Cláusula Penal e Abono de Pontualidade ou Cláusula Penal e Cláusula Penal disfarçada*. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf1109.html>. Acesso em: 2 maio 2011.
———. *Direito civil. Contratos. (*Série Leituras Jurídicas). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
———. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.
———. Vícios do produto. Questões controvertidas. In: MORATO, Antonio Carlos; NÉRI, Paulo de Tarso (Orgs.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. Estudos em homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010.
SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.448/2007, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos* – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2009.
TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.
———. *A função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.
———. *Direito civil*. Direito das coisas. São Paulo: GEN/Método, 2014. v. 4.
———. *Direito Civil*. Lei de Introdução e Parte Geral. 7. ed. São Paulo: GEN/Método, 2011. v. 1.

———. *Direito Civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 6. ed. São Paulo: GEN/Método, 2011. v. 3.
———. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. São Paulo: GEN/Método, 2011.
———. *Responsabilidade civil objetiva e risco*. A teoria do risco concorrente. São Paulo: GEN/Método, 2011.
TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidente de consumo na ótica civil-constitucional. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
———. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
———; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.
THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
———. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.
———. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
———. *O contrato e seus princípios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999.
———. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008.
———. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Contratos*. Presupuestos. Córdoba: Advocatus, Sala de Derecho Civil, Colégio de Abogados de Córdoba, 1999.
VASCONCELLOS, Antonio Herman de. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*.
VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
———. *Direito Civil*. Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. IV.
———. *Direito Civil*. Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. IV.
VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
VICENZI, Brunela Vieira de. Competência funcional – distorções. *Revista de Processo*, n. 105, 2002, p. 280-281.
VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
———. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
WAMBIER, Luiz Rodrigues. Despacho saneador irrecorrido. *Revista de Processo*, n. 67, p. 227-231.
———. *Sentença civil:* liquidação e cumprimento. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. n. 3.2.1.
———; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: RT, 2007.
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
———. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.
———. Reflexos das ações procedimentalmente autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001.
WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II.
———. *Direito processual comparado* – XIII World Congresso of Procedural Law. Org. Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
ZANELLATO, Marco Antonio. Sobre a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público, In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Coords.). *Estudos de direito do consumidor:* tutela coletiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
———. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006.
———. *Processo de execução:* parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.